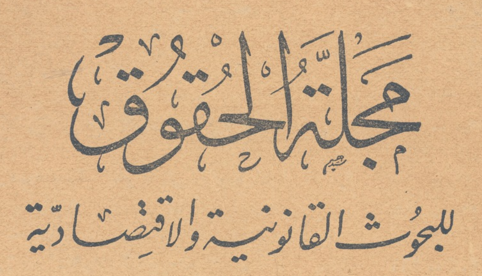


تصدرها :

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكى عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور حسين فهمى

السنة الخامسة ـ العددان الاول والثانى

يناير ـ مارس سنة ١٩٥١

مطابع رمسيس بالاسكندرية ـ تليفون ٢١٩١٢

المحتوى

المقالات :

تعليقات على الاحكام :

تصدر مجلة الحقوق اربع مرات فى العام ، فى مارس ويونية وسبتمبر وديسمبر
وتقوم المجلة بالتعليق على جميع المؤلفات القانونية والاقتصادية
التى ترسل منها نسختان لادارتها
قيمة الاشتراك سنويا ١٠٠ قرش فى مصر و ٢٥ شلنا للخارج فى بلاد اتحاد البريد
ادارة المجلة : بكلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية (بالشاطبى)

Mohsen Khalil -

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها :

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكى عبد المتعال
رئيس التحرير : الدكتور حسين فهمى

السنة الخامسة – العددان الاول والثانى

يناير – مارس سنة ١٩٥١

مطابع رمسيس بالاسكندرية – تليفون ٢١٩١٢

لجنـــة التحرير

١ ـــ الأستاذ الدكتور حسين فهمى

٢ ـــ الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى

٣ ـــ الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا

٤ ـــ الأستاذ الدكتور على صادق أبو هيف

٥ ـــ الأستاذ الدكتور رمزى سيف

٦ ـــ الأستاذ الدكتور محسن شفيق

٧ ـــ الاستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى

٨ ـــ الأستاذ الدكتور أنور سلطان

٩ ـــ الأستاذ الشيخ معوض مصطفى سرحان

فاتحـــة السنة الخامسة

بسم الله العلى القـــدير نفتتح السنة الخامسة من مجلة الحقوق ، التى مافتئت تعمل لنصرة الثقافة القانونية والاقتصادية فى البلاد ، راجية أن تسهم بنصيبها فى سبيل هذا الغرض النبيل . وهاهى تبدأ السنة الخامسة من حياتها مجددة العهد الذى قطعته على نفسها من أول نشأتها ، من التزام حرية الرأى والتعمق فى البحث .

ولقد جابهنا صعابا مادية فى ســبيل الاستمرار فى اصدارها ، دأبنا على التغلب عليها ، وهاهى المجلة تعود أقوى ماتكون معاهدين الله على أن نسير على هدى العمداء السابقين الذين لم يألوا جهدا فى سبيل اعلان شأن المجلة وتوجيهها توجيها صحيحا .

والبلاد تمر الآن فى ثورة امتدت الى الجذور فاقتلعت الشر من أساسه، واتجهت الرغبة الاجماعية الى اعادة بناء الدولة من جــديد فى كافة أوجــه نشاطها حتى تتبوأ مصر مجدها الخالد وسؤددها التليد . ومجلتنا سوف تعمل بعون الله فى سبيل هــذه النهضة المباركة بقــدر ما يسعها من الطاقة وتقدر عليه من الجهد .

والله نسأل أن يسدد خطانا وأن يلهمنا من أمرنا رشدا .

حسين فهمى
عميد كلية الحقوق

العرف
فى الفقه الاسلامى

لفضيلة الاستاذ الشيخ عمر عبد الله
استاذ مساعد الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحى للعرف . اقسامه . ما يشترط فى العرف لاعتباره مدركا للفقيه فى ابتناء الاحكام الشرعية عليه .

معنى العرف لغة . تطلق كلمة « العرف » فى اللغة العربية على جملة معان . كما يتضح ذلك من الرجوع الى معاجم اللغة . فقد ورد فيها استعمال العرب هذه المادة لعدة معان .

وفى كتاب « لسان العرب » لابن منظور : وطار القطا عرفا عرفا بعضها خلف بعض . وعرف الديك والفرس والدابة وغيرها منبت الشعر والريش من العنق . والجمع أعراف وعروف . وعرف الرمل والجبل وكل عال . ظهره وأعاليه . ومنه قول الله تعالى : وعلى الأعراف رجال «[1]» والأعراف فى اللغة جمع عرف وهو كل عال ومرتفع . قال الزجاج . الأعراف أعالى السور . وعرف الأرض ما ارتفع منها . وأعراف الرياح والسحاب أوائلها وأعاليها وأحدها عرف . والعرف الاسم من الاعتراف ومنه قولهم : على ألف عرفا أى اعترافا . والعرف ضد المنكر يقال : أولاه عرفا أى معروفا . والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد النكر . وهو كل ماتعرفه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن اليه «[2]» .

وجاء فى كتاب « أساس البلاغة » لجار الله الزمخشرى مانصه :

---

(١) سورة الاعراف رقم ٤٦ (٢) لسان العرب ج ١١ ص ١٤٤ — ١٤٧

وطار القطار عرفا عرفا أى متتابعة . ومن المستعار أعراف الريح والسحاب والضباب لاوائلها «[١]» .

ويقول الامام أبو جعفر الطبرى امام المفسرين فى كتابه « جامع البيان فى تفسير القرآن » من أمهات كتب التفسير وأقدمها عند تفسير الآية : « خذ العفو وامر بالعرف » «[٢]» ما نصه : والصواب من القول فى ذلك أن يقال : ان الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم أن يأمر الناس بالعرف وهو المعروف فى كلام العرب مصدر فى المعروف . يقال : أوليته عرفا وعارفا وعارفة . كل ذلك بمعنى المعروف «[٣]» .

ويتبين من هذه المعانى اللغوية التى ذكرتها كتب اللغة لكلمة « العرف» أن هذه المادة «ع ر ف» تنبىء بحسب وضعها اللغوى عن الظهور والوضوح ويغلب استعمالها فيما ارتفع من الأشياء . وأن استعمالها فى هذه المعانى اللغوية بطريق الحقيقة لا المجاز فيما عدا اطلاقها على أوائل الريح والسحاب والضباب فانه معنى مجازى كما صرح بذلك الزمخشرى حيث قال : ومن المستعار : أعراف الريح والسحاب والضباب لأوائلها .

وقد تكرر ذكر هذه المادة وما اشتق منها فى الكتاب والسنة فى مواضع كثيرة واستعمالها لمعنى جامع لكل ماهو معروف بين الناس لاينكرونه ولا يستقبحونه ولكل ما هو مستحسن من الافعال والاقوال فى نظر الشريعة الاسلامية كصلة الرحم والكلمة الطيبة وطاعة الله والتقرب اليه وحسن الصحبة والمعاشرة والاحسان فى المعاملة مع الأهل وغيرهم من الناس «[٤]» .

معنى العرف اصطلاحا . وأما العرف فى الاصطلاح الفقهى . فقد عرفه البيرى فى شرحه للاشباه والنظائر نقلا عن « المستصفى » بقوله : العادة والعرف ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول . وعرفه السيد الجرجانى فى كتابه « التعريفات » بقوله : والعرف

---

(١) ج ٢ ص ١١٠ (٢) سورة الاعراف رقم ١٩٩ (٣) ج ٩ ص ١٠٦
(٤) يراجع النهاية لابن الاثير ج ٣ ص ٨٥ وما بعدها .

ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول وهو حجة ... وكذا العادة وهى ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا اليه مرة بعد أخرى . ويقول الحموى فى شرحه للاشباه والنظائر : ان مادة « العادة » تقتضى تكرار الشيء وعوده تكرارا كثيرا يخرج عن كونه واقعا بطريق الاتفاق . وفى رسالة « نشر العرف » لابن عابدين : ان العادة مأخوذة من المعاودة فهى بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة فى النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية . فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق وان اختلفا من حيث المفهوم .

وقال العلامة « على حيدر » شارح مجلة « الأحكام العدلية » فى تعريف العادة عند شرحه المادة ٣٦ : العادة محكمة مانصه : هى الأمر الذى يتقرر بالنفوس ويكون مقبولا عند ذوى الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة على أن لفظ « العادة » يفهم منها تكرار الشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجارى صدفة مرة أو مرتين ولم يعتده الناس فلا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم . والعرف بمعنى العادة .

فيؤخذ من هذه التعريفات الاصطلاحية للعرف أن العرف والعادة فى الاصطلاح الفقهى معناهما واحد فقد عرفهما صاحب « المستصفى » بتعريف واحد ونص شارح « المجلة العدلية » على أن العرف بمعنى العادة وصرح ابن عابدين بأنهما من حيث الماصدق بمعنى واحد وان اختلفا من حيث المفهوم . فيكون عطف العادة على العرف فى قولهم : بدلالة العرف والعادة وأمثاله من باب التأكيد لا التأسيس فلا تفيد كلمة العادة معنى غير معنى العرف .

اقسام العرف

ينقسم العرف الى عرف عملى وعرف قولى وكل من هذين القسمين اما عام واما خاص . وفى « العناية » عند شرح قول « الهداية » : أو هو عرف عملى . ما نصه : أى عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث

اللفظ وبيانه أن العرف على نوعين لفظى نحو الدابة تقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالابل • وعملى أى عرف من حيث عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وأمثاله «١» اهـ •

فالعرف العملى هو ماجرى عليه عمل الناس وتعارفوه فى معـاملاتهم وتصرفاتهم كتعارفهم لبس الثياب الجديدة فى الأعياد ودخول الحمام العام بدون تعيين زمن للمكث فيـه ومن غير تعيين لمقدار المـاء الذى يستعمل ويستهلك للاغتسال • وكتعارفهم استصناع الأدوات المنزليـة واستهجان الاكل فى الطرق وتعارفهم ان وضع اليد على العين مدة طويلة دليل الملكية• وهو اما عام كالأمثلة السابقة أو خاص وهو ماتعـامله قوم مخصوصون أو أهل بلد واحد أو أرباب حرفة واحدة كتعارف بعض البـلاد فى مصر تعجيل نصف الصداق وتأجيل نصفه الآخر لأقرب الأجلين الطلاق والموت •

وأما العرف القولى فقد عرفه شهاب الدين القرافى فى فروقه حيث قال : العرف القولى أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ فى معنى معين ولم يكن ذلك لغة • ثم بين أن العرف القولى يكون فى المفردات وفى المركبات ومثل لكل منهما بجملة أمثلة «٢»• ويقول القرافى فى كتابه « الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام » ما نصه : أن معنى العادة فى اللفظ أن ينقل اطـلاق لفظ واستعماله فى معنى حتى يصير هو المعتاد من ذلك اللفظ عند الاطلاق مع أن اللغة لاتقتضيه • فهذا هو معنى العادة فى اللفظ وهو الحقيقة العرفية وهو المجاز الراجح فى الأغلب وهو معنى قول الفقهاء : ان العرف يقدم على اللغة عند التعارض «٣» اهـ •

فالعرف القولى سواء كان عاما أو خاصا هو اتفاق أهل العرف العـام أو الخاص على أن يراد من اللفظ مفردا أو مركبا غير معناه الأصلى لغـة

(١) ج ٣ ص ٢٠٣
(٢) يراجع الفروق حـ ١ ص ٢٧١ طبع دار احياء الكتب العربية .
(٣) ص ٦٨-٦٩ من الكتاب المذكور .

بحيث اذا أطلق انصرف الى المعنى العرفى بمجرد سماعه بدون حاجة الى قرينة . وبيان ذلك أن اللفظ اذا استعمل فى المعنى الذى وضع له لغة يسمى حقيقة واذا استعمل فى غيره لقرينة مانعة من ارادة المعنى الحقيقى يسمى مجازا بالنظر الى وضع اللغة . فاذا كثر استعماله فى هذا المعنى المجازى بحيث لايستعمل اللفظ فى غيره أو يستعمل استعمالا قليلا فى غيره صار استعماله فى المعنى المجازى حقيقة عرفية عامة أو حقيقة عرفيةخاصة بحسب المستعملين للفظ من كونهم عامة أهل البلاد أو جماعة مخصوصة من الناس لأن المعنى اللغوى الذى وضع له اللفظ أصبح متروكا ومهجورا . ونقل اللفظ من المعنى اللغوى الأول الى المعنى الثانى الذى اصطلح عليه بكثرة استعماله فيه عند أهل العرف حتى لايحتاج فى فهمه من اللفظ الى قرينة ويعتبر هذا الاستعمال الشائع فى عرف التخاطب وضعا جديدا للمعنى الثانى الذى تعورف اطلاق اللفظ عليه فيكون اللفظ مستعملا فيما وضع له فى عرف التخاطب فيكون حقيقة عرفية .

ولنوضح ماتقدم بالأمثلة فنقول : الحقيقة العرفية العامة مثل كلمة « الدابة » فانها فى أصل وضعها اللغوى اسم لما يدب على الأرض ثم خصصها العرف اللغوى العام بذوات الأربع كالفرس والبغل والحمار مما يركب عادة ويحمل عليه . وشاع استعمالها فى ذلك بحسب العرف العام حتى صار هذا الاستعمال لكلمة « الدابة » حقيقة عرفية لغوية لايراد غيرها من هذه الكلمة عند اطلاقها ولا يتبادر الى الذهن عند سماعها الا هذا المعنى فيفهم ذلك منها بدون قرينة لان المعنى الأصلى اللغوى للكلمة أصبح مهجورا غير مقصود منها عند اطلاقها .

والعرفية الخاصة كالألفاظ المصطلح عليها فى عرف الشرع أو فى عرف طائفة من الناس . فالفقهاء عند مايستعملون كلمات النكاح . والطلاق . والرضاع . والحضانة . والصلاة والصوم والحج . وغير ذلك من الألفاظ الاصطلاحية الشرعية انما يريدون منها عند الاطلاق المعانى الشرعية لهذه الكلمات ولا يفهم منها سواها لأنها أصبحت حقيقة عرفية لهذه المعانى فى

عرف الشرع ولا يقصد من هذه الكلمات وأمثالها فى استعمالات الفقهاء المعانى اللغوية لانها أصبحت مهجورة فى اصطلاحهم وفى عرف الشرع حتى لو أريد منها المعانى اللغوية فلا بد من قرينة تفيد هذه الارادة . فاذا أطلق لفظ الصلاة عند الفقهاء يراد بها العبادة المعهودة المعروفة ويتبادر الذهن الى هذا المعنى العرفى ولا يفهم منها معناها اللغوى وهو الدعاء كما لايقصد منها هذا المعنى عند اطلاقها لهجره وتركه فى عرف الشرع .

وكذا الألفاظ التى اصطلح عليها أهل العلوم وأرباب الصناعات والحرف انما يراد ويفهم منها عند اطلاقها المعانى الاصطلاحية دون المعانى اللغوية لتلك الألفاظ . فلا يفهمون منها فى تخاطبهم بتلك الألفاظ وعند استعمالهم لها فى تحادثهم وكتاباتهم غير هذه المدلولات والمعانى الاصطلاحية لأنها أصبحت حقيقة عرفية فى عرفهم واصطلاحهم بحيث لايخطر فى أذهانهم المعانى اللغوية لتلك الكلمات ولا يلتفتون اليها لكونها أصبحت مهجورة غير مقصودة فى اصطلاحهم وعرفهم . والسبب فى هذا أن اللفظ عند أهل العرف العام أو الخاص حقيقة فى معناه العرفى ومجاز فى غيره ولو كان هذا الغير معنى لغويا للفظ بحسب وضعه الأصلى فلا بد للدلالة عليه من قرينة تصرف اليه وتمنع من ارادة المعنى العرفى .

واذا تعارف قوم اطلاق لفظ الدابة على الحمار كما فى عرف بعض البلاد فى مصر أو اطلاقها على الفرس كما فى عرف أهل العراق بحيث لايتبادر عند سماعها الا ذلك المعنى المتعارف تكون دلالته حقيقة عرفية خاصة .

وعرف ابن عابدين العرف العام فى رسالته « شفاء العليل فى حكم الوصية» بأنه ماتعامله المسلمون من عهد الصحابة الى زماننا وأقره المجتهدون وعملوا به بناء على التعارف وان خالف القياس ولم يرد به النص ولا قام عليه دليل فهذا أخذ به الفقهاء وأثبتوا به الأحكام الشرعية وقد قالوا أن العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص «[١]» اهـ . ويؤيد هذا التعريف

(١) ص ١٨٦ من الرسالة المذكورة .

الذى ذكره ابن عابدين للعرف العام ماقاله علماء الحنفية فى جواز الاستصناع: أن القياس عدم جوازه ولكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار وهذا حجة يترك به القياس . ويقول شارح المجلة العدلية : والعرف العام عندنا هو العرف الجارى منذ عهد الصحابة حتى زماننا والذى قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفا للقياس .

ويلاحظ على هذين التعريفين للعرف العام أن العرف العام بهذا المعنى هو الاجماع العملى بأوضح صوره وأجلى مظاهره ويشير الى هذا الكمال ابن الهمام حيث يقول : اننا جوزنا الاستصناع استحسانا بالتعامل الراجع الى الاجماع العملى من لدن رسول الله الى يومنا بلا نكير . والتعامل بهذه الصفة مندرج فى قوله صلى الله عليه وسلم : لاتجتمع أمتى على ضلالة اهـ فلا بد أن يكون العرف العام أعم وأشمل مما ذكر فيقال فى تعريفه : هو ماتعامله عامة أهل البلاد قديما أو حديثا لأنهم يصرحون بأن العرف العام هو ماقابل العرف الخاص ويقولون ان العرف الخاص أن يتعارف أهل بلدة واحدة أو طائفة مخصوصة على استعمال شىء . فيكون المراد بالعرف العام ماقابل العرف الخاص . وهو ماتعامله أهل البلاد عامة سواء أكان ذلك قديما أم حديثا .

مايشترط فى العرف ليبنى عليه الحكم

ليس كل عرف صالحا لبناء الأحكام الفقهية عليه ولاعتباره دليلا يرجع اليه الفقيه اذا أعوزه النص من كتاب أو سنة أو افتقده الاجماع بل العرف الذى اعتبره الفقهاء على اختلاف مذاهبهم أساسا لبعض الأحكام الشرعية هو ماتوافرت فيه الشروط الآتية :

أ ــ أن يكون العرف مطردا أو غالبا عند أهل العرف . قال ابن نجيم المصرى فى كتابه « الأشباه والنظائر » : انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت . ولذا قالوا فى البيع لو باع بدراهم أو دنانير وكانا فى بلد اختلف

فيه النقود مع الاختلاف فى المالية والرواج انصرف البيع الى الأغلب قال فى الهداية : لأنه المتعارف فينصرف المطلق اليه ا هـ .

وقال جلال الدين الأسيوطى فى كتابه « الأشباه والنظائر » : انما تعتبر العادة اذا اطردت فان اضطربت فلا . ا هـ . وأما العرف المشترك فغير معتبر ولا يعمل به فلا ينبى عليه الحكم . فاذا وجد عرف فى البلد الذى حصل فيه الزواج بأن جهاز الاب لبنته من ماله يعتبر عارية ووجد عرف آخر بأنه يعتبر هدية وتمليكا وتساوى العرفان فقام الأب بتجهيز بنته من ماله وزفت بهذا الجهاز الى زوجها ثم حصل نزاع بينهما .اختلفا فى أن الجهاز عارية أو هبة فادعى الاب أنه عارية ليتسنى له الرجوع عليها واسترداده منها وطالبها برده اليه . وأنكر تهى ذلك وادعت أنه هبة وتمليك حتى لايملك حق الرجوع عليها لأن من موانع الرجوع فى الهبة القرابة المحرمية . ولم يكن لأحدهما بينة على دعواه . لم يصلح هذا العرف المشترك دليلا لاحد الخصمين لتعارض العرفين اذ لايوجد مرجح لاحدهما على الآخر لتساويهما . وحينئذ يكون القول للأب بيمينه لانه المعطى فهو أدرى بصفة الاعطاء واذا كان أحد العرفين غالبا عمل به ولم يلتفت الى الآخر ويكون القول لمن يشهد له العرف الغالب بيمينه فيحكم له بدعواه اذ لاتعارض حينئذ بين العرفين لعدم تساويهما . اذ المرجوح لايعارض الراجح وانما يتحقق التعارض بين المتساوين وكون أحد العرفين أشهر وأغلب يجعل قرينة على ارادته . وفى « نشر العرف » نقلا عن البيرى شارع الاشباه ان العرف المشترك لايصح الرجوع اليه لانه لما كان مشتركا صار متعارضا فالعمل بأحدهما ترجيح بلا مرجح فلا ينبى عليه الحكم . قال العلامة قاسم بن قطلوبغا فى أول كتابه « تصحيح القدورى » : والمرجوح فى مقابلة الراجح بمنزلة العدم . والترجيح بغير مرجح فى المتقابلات ممنوع .

ب ــ أ لايخالف العرف النص من كتاب أو سنة . وفى كتاب المبسوط

للسرخس : وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر «١» اهـ فان أثبت العرف حكما مخالفا لمـا أثبته النص يعمل بالنص ويترك العرف المخـالف ولا يعتد به . اذ لا اعتبار للعرف فى هذه الحالة لأن النص أقوى من العرف والاقوى لايترك بالاضعف . وانما كان النص أقوى من العرف لامور :

(١) ان العرف يجوز أن يكون على باطل كتعارف النـاس فى عصرنا لعب الميسر وتعاطيهم شرب الخمر وتعاملهم بالربا وكتعارفهم الخروج بمصر الى المقابر فى الأعياد والمبيت فيها . وأما النص بعد وروده وثبوته فلايحتمل بحال من الأحوال أن يكون على باطل لأنه الحق الذى لايأتيه الباطل بين يديه ولا من خلفه .

(٢) العرف انما يكون حجة على الذين تعارفوه والتزموه دون غيرهم بخلاف النص الشرعى فانه حجة على الـكافة ويلزم بالعمل بمقتضاه جميع الناس . ولا شك أن الحجة الملزمة للجميع أقوى من الحجة القاصرة على بعض الناس .

(٣) كون العرف حجة على من تعارفوه وتعاملوا به ثبت بالنص . وهو قوله صلى الله عليه وسلم : مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . كما صرح بذلك المحقق العلامة الكمال بن الهمام فى فتح القدير على الهداية .

(٤) لانزاع فى أن النص هو الأصل الأول والمصـدر الأساسى الذى يعتمد عليه فى معرفة الأحكام الشرعية واستنباطها وأن له المرتبـة الأولى ولايلجأ الى غيره عند وجوده وليس للعرف هذه المنزلة والمرتبـة . وكون النص أقوى من العرف أمر متفق عليه ولا ينازع فيه أحد فلا يحتاج الأمر الى الاستدلال على ذلك ولكننا جارينا الكمال بن الهمام وتابعناه فيما قاله لبيان كون النص أقوى من العرف «٢» .

وعدم العمل بالعرف المخالف للنص اذا كان يلزم من العمل به ابطـال

---

(١) ج ١٢ ص ١٩٦ .
(٢) يراجع الفتح على الهداية ج ٦ ص ١٥٧ المطبعة الميمنية .

الحكم الشرعى الذى ثبت بالنص حتى يكون العرف قاضيا على النص . وذلك بأن خالفه من كل وجه بحيث اذا عمل بالعرف لزم منـه ترك النص وعدم العمل به . وهذا لاشك فى رده وعدم اعتباره كتعارف الناس كثيرا من المحرمات شرعا كالربا ولعب الميسر وشرب الخمر والتحلى بالذهب ولبس الحرير وغير ذلك من المحرمات التى نص عليها الشارع . لأن الناس مكلفون بالعمل بمقتضى النصوص الشرعيـة ولا يملكون حق تغييرها ومخالفـة النص وترك العمل بمقتضـاه . ولذا ورد على أبى بكر محمد بن الفضـل قوله : ان ماتحت السرة الى موضع نبات الشعر ليس بعورة بالنسبة للرجل لتعامل العمال فى الابداء عن ذلك الموضع عند الاتزار وفى نزع الناس عن العادة نوع حرج . حيث قال العلماء فى رد هذا الرأى أن التعامل بخـلاف النص لااعتداد ولا اعتبار به . وانما يعتبر التعامل فيما لانص فيه «١» . والنص الوارد فى هذا الشأن هو ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: عورة الرجل مابين سرته الى ركبته .

وأما اذا لم يكن العرف مخالفا للنص من كل وجه ولم يكن قاضيا عليه ولا مبطلا للحكم الذى أثبته كما اذا كان النص الشرعى عاما والعرف خالفه فى بعض أفراده . فانه يعمل بالعرف والنص معا . ويكون العرف مخصصا للنص العام لا مبطلا له . وتخصيص النص بالعرف العام محل اتفـاق . مثاله أن النص ورد من الشارع فى نهى الانسان عن أن يبيع ما ليس عنده . وجوز الفقهاء الاستصناع لعرف النـاس وتعاملهم به مع أن النص يشمله ويتناوله اذ يصدق على الاستصناع أنه بيع ما ليس عند الانسان فهو منهى عنه بالنص . فقد عمل بمقتضى النص فى غير الاستصناع وعمل بالعرف فى الاستصناع فلم يلزم من العمل بالعرف المخالف للنص ترك النص «٢» .

ماتقدم بيـانه اذا خالف العرف النص الشرعى ولم يكن النص وقت وروده مستندا الى العرف ولا مبنيا على تعامل الناس وعاداتهم . وأما اذا

(١) كتاب المبسوط ج ١٠ ص ١٤٦ .
(٢) أنظر رسالة رسم المفتى . ورسالة نشر العرف .

كان النص الشرعى مبنيا على عرف الناس وعاداتهم وقت صدوره أى ورد النص مقررا للعرف السائد بين النـاس وموافقا لعاداتهم التى يتبعونهـا ويلتزمون العمل بها ثم تغير العرف وتبدلت العادة بأن حدث عرف جديد طارىء مخالف للعرف الذى قرره الشارع بالنص . مثال ذلك أن الشارع نص على أن البر والشعير والتمر والملح من المكيلات وعلى أن الذهب والفضة من الموزونات . فاذا تغير العرف وأصبح المكيل موزونا والموزون مكيلا . فانه لا اعتبار لهذا العرف الطارىء بل العبرة للنص فالأشياء التى نص الشارع على أنها مكيلة تظل مكيلة والأشياء التى نص على أنها موزونة لاتتأثر بتغير العرف وهـذا رأى الامام أبى حنيفـة ومحمد . فلو بيع تمر بتمر وزنا كما هو العرف الآن لم يجز هذا البيع عندهما ويكون ربا . وعند أبى يوسف يجوز البيع ولا يعتبر ذلك ربا لأن العبرة بالعرف الطارىء القائم وقت البيع لأن الشرع حينما نص على أن هذه الأشياء مكيلة أو موزونة انما راعى فى ذلك العرف السائد بين الناس فى عد هذه الاشياء من المكيلات أو من الموزونات فمرجع النص ومرده فى اعتبار الكيل معيارا للبر والشعير والتمر والملح . وفى اعتبار الوزن معيارا للذهب والفضة انما هو العرف الذى كان قائمـا وقت صدور النص . فلو كان العرف بالعكس لجاء النص على وفقه ولاعتبر الكيل معيارا للذهب والفضة والوزن معيارا للبر وأمثاله مراعاة للعرف . وحيث أن الملاحظ من جهة الشارع فى عد هـذه الأشياء من المكيلات أو الموزونات انما هو العرف يكون العرف هو المعول عليه وهو المنظور اليه . فاذا ماتغير العرف وتبدلت العادة يجب أن يتغير الحكم . وحينئذ فاعتبـار العرف الطارىء بعد النص لايكون تركا للنص ولا مخالفا له بل يكون ذلك اتباعا للنص وعملا بموجبه . وما لم ينص الشارع على أن معيـاره بالوزن أو الكيل فقد اتفق الكل على أن المرجع فى ذلك هو العرف والعادة .

ويكاد أبو حنيفة ومحمد يكونان ظاهرى المذهب فى هذه المسألة حيث أنهما تمسكا بالنص الحرفى ولم ينظرا الى علة النص وسببه بخلاف أبى يوسف فانه علل النص واعتبر العرف مرد النص ومرجعه ولهذا لم يتمسك بالنص

العرف اذا وجد العرف المغاير الطارىء على النص . ورأى أبى يوسف فى هذه المسألة أولى باتباعه لأنه أرفق بالناس لما فيه من التيسير والتسهيل فى مبادلاتهم المالية ومعاملاتهم التجارية . كما أنه أوفق لمقاصد الشريعة الاسلامية السمحة التى جاءت للتيسير على الناس لا للتعسير والتشديد والتضييق عليهم . فان العرف جار بين الناس من مدة طويلة على اعتبار التمر والملح والدقيق من الموزونات وعلى اعتبار النقود الذهبية والفضية من المعدودات . وفى رسالة « نشر العرف » لابن عابدين : لو تعارف الناس بيع الدراهم بالدراهم أو استقراضها بالعدد كما فى زماننا لايكون مخالفا للنص فالله تعالى يجزى أبا يوسف عن أهل الزمان خير الجزاء فلقد سد عنهم بابا عظيما من الربا «[١]» اهـ .

والظاهر من كلام الكمال بن الهمام فى فتح القدير على الهداية ترجيح رأى أبى يوسف فى هذه المسألة وقد صرح العلامة سعدى چلبى فى حاشيته على « العناية شرح الهداية » بأن استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف فى زماننا ينبغى أن يكون مبنيا على ماروى عن أبى يوسف فى هذه المسألة «[٢]» .

جـ ــ ألا يكون العرف مخالفا لنص أو شرط لأحد المتعاقدين . فاذا وجد نص أو شرط لأحدها وجب العمل بمقتضى النص أو الشرط مادام الشرط صحيحا . ولا يلتفت الى العرف اذ لاعبرة للعرف اذا وجد نص على خلافه . فلو استأجر شخص آخر بأجر معلوم على الخدمة والعمل فى منزله ونص فى العقد على أن مدة العمل يوميا من الظهر الى العصر فالواجب على الأجير العمل فى المدة المعينة المنصوص عليها وليس للمستأجر أن يلزمه العمل من الصباح الى المساء ان كان عرف البلد جاريا على ذلك . واذا كان العرف والعادة بين الناس على أن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشترى واتفق العاقدان على أن يكون ذلك على البائع عمل بهذا الاتفاق ولا عبرة

(١) ص ١١٨ من رسائل ابن عابدين .
(٢) ج ٦ ص ١٥٧ .

للعرف مع النص على مخالفته .

ء ــ أن يكون العرف سابقا ومقارنا لزمن الشيء الذي يحمل على العرف فلا عبرة بالعرف المتأخر الطارئ على العقد أو التصرف الذي يراد فيه التحكم الى العرف والعادة . قال في « الاشباه » العرف الذي تحمل عليه الألفاظ انما هو المقارن السابق دون المتأخر ولذا قالوا : لاعبرة بالعرف الطارئ «[١]» اهـ .

فعبارات الواقفين وشروطهم في حجة الوقف . ونصوص الوثائق والفاظ الحجج في العقود والتصرفات وما دون فيها من قيود واطلاقات والتزامات واشتراطات . وما جاء فيها من اصطلاحات . يراعى في فهمها وتفسيرها العرف الذي كان قائما وقت صدور العقود وانشاء التصرفات لأن كل عاقد أو متصرف بل كل متكلم انما يتكلم بحسب عرفه وانما يقصد من كلامه ما يتعارفه . فيفهم لفظه ويبين المعنى المقصود منه بحسب عادته في خطابه وعرف بيئته وعادة عصره واقليمه . ولا يلتفت الى العرف الحادث بعد انشاء العقد أو التصرف .

وفي كتاب « البحر الرائق شرح كنز الدقائق » لابن نجيم المصري نقلا عن الكافي : والأحكام تبنى على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف أهله . وفي رسالة « رسم المفتي » لابن عابدين : تجرى الألفاظ والعقود في كل بلدة على عادة أهلها ويراد منها ذلك المعتاد منها بينهم ويعاملون بما يقتضيه ذلك من صحة وفساد وتحريم وتحليل وغير ذلك . لأن المتكلم انما يتكلم على عرفه وعادته ويقصد ذلك بكلامه وانما يعامل كل أحد بما أراده «[٢]» اهـ . ببعض تصرف . ويقول ابن القيم في كتابه « أعلام الموقعين » : فاياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه فتجني عليه وعلى الشريعة وتنسب اليها ما هي بريئة منه وتلزم الحالف والناذر والعاقد

---

(١) ج ١ ص ١٣٢ طبع دار الطباعة العامرة بالاستانة .
(٢) الرسالة المذكورة ص ٤٨ .

ما لم يلزم الله ورسوله به »(١) .

وفى شرح « تنقيح الفصول » لشهاب الدين أبى العباس القرافى المالكى: القاعدة أن من له عرف أو عادة فى لفظ انما يحمل لفظه على عرفه ... أما العادات الطارئة بعد النطق لايقضى بهـا على النطق فان النطق سـالم من معارضتها فيحمل على اللغة . ونظيره اذا وقع العقـد فى البيع فان الثمن يحمل على العادة الحاضرة فى النقد . ومايطرأ بعـد ذلك من العادات فى النقود لاعبرة به فى هذا البيع المتقدم . وكذلك النذور والاقرار والوصية اذا تأخرت العادة عليها لا تعتبر وانما يعتبر من العادات ماكان مقارنا بها . فكذلك نصوص الشريعة لايؤثر فيها الا ماقارنها من العادات »(٢) .

اعتبار الفقهاء العرف دليلا من أدلة الفقه

فقهاء الشريعة الاسلامية قديما وحديثا على اختـلاف مذاهبهم أخذوا بالعرف واعتبروه دليلا ينى عليـه كثير من الأحكام الفقهية . وفى تنقيح الفصول لابى العباس القرافى المالكى : أما العرف فمشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك . وفى الاشباه لابن نجيم : ان اعتبـار العادة والعرف يرجع اليه فى الفقه فى مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا . ويقول ابن العربى فى كتابه « أحكام القرآن » عند تفسير قول الله تعـالى « لينفق ذو سعة من سعته » : العادة دليل أصولى بنى الله عليـه الأحكام وربط به الحلال والحرام . ويقول ابن عابدين فى منظومته فى رسم الفتى :

والعرف فى الشرع له اعتبـار   لذا عليـه الحكم قد يدار

ومن تتبع كتب الفقه المؤلفـة قديما وحديثا واستقرأ أقوال الفقهـاء القدامى والمتأخرين . ونظر الى الفروع الفقهية يجـد كثيرا من الشواهد والعبارات الدالة على أن فقهاء الشريعة الاسلامية راعوا فى كثير من الأحكام

---

(١) ج ٣ ص ٤٦ .
(٢) ص ١٩٤ من الكتاب المذكور .

عرف الناس وعاداتهم • وأنهم اعتبروا العرف دليلا يرجع اليه لمعرفة الأحكام الفقهية اذا أعوزهم النص الشرعى من الكتاب والسنة • فمن أقوال الفقهاء الواردة فى كتب الفقه : المعروف عرفا كالمشروط شرطا • المشروط عرفا كالمشروط شرعا • المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ • العادة محكمة • الثابت بالعرف كالثابت بالنص • التعين بالعرف كالتعين بالنص • تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة • والتعويل فى هذا الباب على العرف والعادة • ويقولون فى بعض الأحكام : ان المدرك فيها العرف وأن مستند الفتوى العرف والعادة • وغير ذلك من العبارات الكثيرة التى وردت فى المؤلفات الفقهية • فهذه العبارات والأقوال وأمثالها لاتدع مجالا للشك فى أن العرف يرجع اليه فى كثير من الأحكام عند عدم وجود نص من الكتاب والسنة وأنه يلجأ اليه الفقيه والقاضى والمفتى فى معرفة الأحكام الشرعية وتطبيقها على الوقائع والجزئيات حيث لايوجد نص من الشارع •

استدلال الفقهاء على حجية العرف

استدل شمس الأئمة السرخسى فى كتابه « المبسوط » على اعتبار العرف حجة لاثبات الاحكام الشرعية بقوله عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن • حيث يقول ما نصه : وتعامل الناس من غير نكير أصل من الاصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم : مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن «[1]» وكذا استدل الكاسانى فى « بدائعه » على حجية العرف بالحديث المذكور فقد قال ما نصه : وعرف المسلمين وعادتهم حجة ... قال النبى صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن «[2]» • واستدل الكمال بن الهمام أيضا بهذا الحديث على حجية العرف حيث يقول فى كتابه « فتح القدير على الهداية » : ولأن العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم : مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن «[3]» • ويقول ابن نجيم

(١) ج ١٢ ص ١٣٨ • (٢) ج ٥ ص ٢٢٣ • (٣) ج ٦ ص ١٥٧ •

فى « الأشباه والنظائر » عند شرحه « القاعدة السادسة » : العادة محكمة مانصبه : وأصلها قوله عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن «[١]» .

وفى رسالة «نشر العرف » : أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقول الله تعالى « خذ العفو » وامر بالعرف «[٢]» اهـ . وقد استدل بهذه الآية على اعتبار العرف دليلا وحجة شهاب الدين القرافى فقد جاء فى كتابه « الفروق » : فكل ماشهدت به العادة قضى به لظاهر هذه الآية . واستدل

(١) ومع أن كتب الفقه متضافرة فى نقل هذا الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم فقد قال العلائى فى شأنه : لم اجده مرفوعا فى شىء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال . وانما هو من قول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه موقوفا عليه اخرجه احمد فى مسنده . وقد تعقبه الحموى فى كتابه « غمز عيون البصائر » فى ان الحديث المذكور اخرجه أحمد فى مسنده حيث جاء فيه : قال السخاوى فى المقاصد الحسنة : حديث ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن رواه احمد فى كتاب السنن من حديث ابى وائل عن ابن مسعود قال : ان الله نظر فى قلوب العباد فاختار محمد أصلى الله عليه وسلم فبعثه برسالته . ثم نظر فى قلوب العباد فاختار له اصحابا فجعلهم انصار دينه ووزراء نبيه . فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيح . وهو موقوفا حسن . ووهم من عزاه لمسند احمد . ثم قال الحموى : فكأن العلائى تبع من وهم فى نسبته الى مسند أحمد . وقال العلامة جمال الدين الزيلعى فى كتابه القيم « نصب الراية لاحاديث الهداية » عن الحديث المذكور ـ مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ـ : انه غريب مرفوعا ولم أجده الا موقوفا على ابن مسعود. وله طرق ثم ذكر تلك الطرق . (ج ٤ ص ١٣٣) وفى تعليقات الاستاذ محمد الخضر التونسى على الموافقات للشاطبى : هذا الحديث رواه احمد والبزار فى مسنديهما موقوفا على ابن مسعود وروى مرفوعا من حديث أنس لكن اسناده ساقط . (ج ٢ ص ٢٣٨) . (والاستاذ محمد الخضر عين شيخا للجامع الازهر بعد كتابة هذا المقال بمدة) .

وقد يقال ان حديث ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . وان كان موقوفا على ابن مسعود فهو فى حكم الحديث المرفوع لان مادل عليه من ان ما رآه المسلمون حسنا يكون حسنا عند الله ويعتبر رأيهم حجة . مما لامجال فيه للعقل والاجتهاد والراى . اذ لايدرك ذلك الا بالنص من الشارع . فلابد ان يكون ابن مسعود رضى الله عنه قد سمع ذلك من النبى صلى الله عليه وسلم وقد تلقى الفقهاء الحديث بالقبول وعملوا بمقتضاه .

(٢) سورة الاعراف رقم ١٩٩ .

بها أيضا علاء الدين الطرابلسى فى كتابه « معين الحكام » حيث قال : الباب الثامن والعشرون فى القضاء بالعرف والعادة . قال تعالى « خذ العفو وامر بالعرف » .

وقد يستدل على حجية العرف وعلى اعتباره شرعا كأصل يبنى عليه الحكم أو على الاقل قد يستأنس على ذلك بقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لاتكلف نفس الا وسعها » «١» وبالحديث الذى رواه البخارى وغيره عن عائشة وهو أن هندا بنت عتبة قالت : يارسول الله ان أبا سفيان ــ زوجها ــ رجل شحيح وليس يعطينىمايكفينى وولدى الا ما أخذت منه وهو لايعلم . فقالصلى الله عليه وسلم : « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » وبقوله عليه الصلاة والسلام فى حجة الوداع بشأن الزوجات : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » قال الامام ابن جرير الطبرى فى تفسير الآية الكريمة وفى بيان معنى كلمة « المعروف» ويعنى بقوله : بالمعروف . مايجب لمثلها على مثله اذ كان الله تعالى ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالفقر والغنى. ويقول أبو بكر الرازىالمشهور بالجصاص فى كتابه « أحكام القرآن » فى تفسير الآية المذكورة : ويدل أيضا ــ يعنى قوله تعالى بالمعروف ــ على أنها (أى النفقة الزوجية) على مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج . وقد بين ذلك بقوله عقيب ذلك : لاتكلف نفس الا وسعها . فاذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط وكذلك اذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها فى العرف والعادة لم يحل ذلك وأجبر على نفقة مثلها «١» .

وفسر لفظ المعروف فى الحديثين كما فى الآية بالأمر المعتاد المتعارف عند الناس أى القدر الذى علم بالعرف والعادة أنه يكفى الزوجة ويقوم بحاجتها حسب المألوف المعروف . فقد نص الكتاب والسنة على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بدون أن يتعرضا لمقدارها ولا لنوعها بل تركا

---

(١) سورة البقرة الاية رقم ٢٣٣ .

(٢) ج ١ ص ٤٠٤ .

أمر تقديرها الى عرف الناس وعاداتهم . فتقدر النفقة فى كل حادثة جزئية بمراعاة العرف وعلى حسب مجرى العادة . وقد دلت هذه النصوص على أن العرف هو المرجع فى تطبيق الحكم الكلى وهو وجوب النفقة الزوجية على الزوج على الحوادث الجزئية والوقائع الفردية . وقد قال ابن العربى فى كتابه « أحكام القرآن » : قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » «١» هذا يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعا وانما تقدر عادة بحسب الحالة من المنفق والحالة من المنفق عليه . فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة ثم يقول : قد بينا أنه ـ الانفاق ـ ليس له تقدير شرعا وانما أحاله الله سبحانه وتعالى على العادة وهى دليل أصولى بنى الله عليه الاحكام وربط به الحلال والحرام وقد أحاله الله على العادة فيه فى الكفارة فقال : فاطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم «٢» اهـ .

العرف والتشريع الاسلامى

كانت الامة العربية قبل اشراق نور الاسلام وبعث الرسول خاتم الانبياء والمرسلين . كأية أمة من الامم لها نوع من العبادات والمعتقدات . وضروب من المبادلات والمعاملات فى كل مايتصل بمختلف شئون الحياة من دينية واجتماعية واقتصادية ومالية وتجارية وسياسية . وغير ذلك من أمور الدنيا . ولم تكن للعرب حكومة منظمة يخضعون لسلطانها ويستظلون برايتها . كما لم يكن لهم قانون مدون يتبعون نصوصه ولا أنظمة مكتوبة يسيرون عليها ولا كتاب سماوى يلتزمون العمل به . بل كانت أمة أمية . وفى الكتاب العزيز : « هو الذى بعث فى الاميين رسولا منهم » «٣» وفى الحديث الشريف : « بعثت الى أمة أمية » لهم عادات قومية يتبعونها وتقاليد موروثة يعملون بموجبها ولا يحيدون عنها . وأعراف متبعة

---

(١) سورة الطلاق الآية رقم ٧ .
(٢) ج ٢ ص ٢٧٠ .
(٣) البقرة ١٢٧ .

يسيرون عليها ويتقيدون بها ، كونتها تجاربهم فى الحياة أحقابا متعاقبة ، ومعتقداتهم التى ورثوها عن الآباء والاجداد على مر الايام والسنين ، أو اقتبسوها من الاديان والشرائع الماضية كدين أبيهم ابراهيم عليه الصلاة والسلام الذى بنى الكعبة المكرمة « اذ يرفع ابراهيم القواعد من البيت » «١» « ان أول بيت وضع للناس للذى ببكة مباركا وهدى للعالمين » «٢» ، أو نقلوها من اليهودية والنصرانية ، وقد انتقل اليهم بحكم الجوار والاختلاط بعض النظم التى كانت لدولة الرومان التى كانت لها السيادة والحكم على البلاد الشامية ، ولدولة الفرس التى كانت صاحبة النفوذ والسلطان على البلاد العراقية ، وهما فى ذلك الحين أقوى دولتين فى الارض تتنازعان السيادة والتسلط على العالم ، وتتسابقان فى السيطرة عليه والاستئثار بالحكم بكل ما أوتى لهما من قوة وبأس ، وكانتا قد بلغتا شأوا بعيدا فى التقدم والحضارة والرقى فى المدنية ، وأخذتا بنصيب وافر فى التشريع والتقنين والتنظيم .

وكان دستور العرب فى شئونهم الاجتماعية وقانونهم فى معاملاتهم بأوسع معانيها فى كل ما يتصل بالحياة من مبادلات مالية وارتباطات عائلية وعلاقات بين الافراد والجماعات وغير ذلك من الامور التى لاغنى عنها لاية أمة ، هذه المجموعة من العادات والاعراف والتقاليد والمعتقدات التى أصبحت أكثرها وثنية مع مرور الزمان ما أنزل الله بها من سلطان .

جاء الاسلام وبعث محمد صلى الله عليه وسلم خاتم الانبياء والمرسلين رحمة للعالمين ليتم مكارم الاخلاق وليكمل الشرائع السماوية ، ويهدى الناس أجمعين الى الصراط المستقيم ، ويرشدهم الى ما فيه سعادتهم وصلاحهم وخيرهم فى هذه الدنيا وفى الآخرة ، بالشريعة الاسلامية السمحة التى هى خاتمة الشرائع وأكملها وأعدلها لايأتيها الباطل من بين يديها

---

(١) سورة البقرة الاية ١٢٧ .

(٢) الاية رقم ٩٦ من سورة آل عمران .

ولا من خلفها والتى اشتملت على قوانين السياسة الدينية والمدنية وجمعت أصول أسباب الرقى والسعادة للبشر كافة . فلم تدع نقصا ولم تترك ثلمة فى ناحية من نواحى الحياة . حتى تأتى شريعة أخرى تكمل النقص وتسد الثلمة . فكتب لها الخلود والبقاء والعموم فكانت الشريعة العامة للعالمين « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين » «[١]» « وما أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا » «[٢]» « قل يا أيها الناس انى رسول الله اليكم جميعا » «[٣]»

ولما كان للعادات التى ألفها الناس وساروا عليها أزمانا متطاولة فى حياتهم ومعاملاتهم وللاعراف التى تعارفوها وعملوا بها أحقابا متعاقبة فى مجتمعاتهم وتصرفاتهم . سلطان عظيم على الناس وأثر عميق فى النفوس حتى قيل : العادة توأم الطبيعة . وجاء فى الامثال : العادة أملك من الادب. كان فى نزع الناس عن عاداتهم . وفى اقلاعهم عما ألفوه ضيق وحرج ومشقة لهم . اذ النفوس جبلت على التعلق بما ألفت والتمسك بما اعتادت عليه . فقد عنى المشرع الاسلامى بمراعاة العرف الصالح ومسايرته وعدم مجانبته وتجافيه فيما شرع للناس من الاحكام . وسن من القوانين فى مختلف الشئون . حتى يسهل على الناس قبولها . ولا يجدوا فى تطبيقها والعمل بمقتضاها مشقة وصعوبة . ولا يلقوا ضيقا وحرجا فى الخضوع لها . لانها غير مجافية لما تعارفوه وألفوه . وغير مجانبة لما اعتادوه وتعاملوا به . قال تعالى : « ماجعل عليكم فى الدين من حرج » «[٤]» وقال جل وعلا: « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » «[٥]» وقال : « يريد الله أن يخفف عنكم » «[٦]» وقال « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين » وقال عليه

(١) سورة الانبياء رقم ١٠٧ .
(٢) الآية ٢٨ من سورة سبأ .
(٣) الآية رقم ١٥٨ من سورة الاعراف .
(٤) الآية ٧٨ من سورة الحج .
(٥) سورة البقرة رقم ١٨٥ .
(٦) سورة النساء الآية ٢٨ .

الصلاة والسلام بعثت بالحنيفية السمحة ، وروى أن الرسول صلى الله عليه وسلم : « ما خير بين شيئين الا اختار أيسرهما على أمته » .

وقد تعرض الاسلام فى تشريعه وتقنينه فى وضع الاحكام الشرعية . لعرف العرب وعاداتهم فى الجاهلية التى كانت سائدة وقت نزول الوحى وقائمة عند التشريع . وعنى بها التشريع الاسلامى ونظر اليها وتناولها بما يتفق ومقاصد الشريعة وأهدافها . من جلب المصالح للعباد ودرء المفاسد عنهم . وبما يحقق ما يتوخاه الدين الاسلامى فى سن القوانين من اليسر على الناس لا العسر . فلم يعمد الى هدم تلك العادات والاعراف كلها ولا الى اقرارها كلها بدون تمييز بين الضار والنافع والفاسد والصالح . والناقص والكامل منها . لان ذلك يجانب الحكمة ويجافى المصلحة ولايتفق مع الغرض والغاية التى جاء بها الدين الاسلامى . وهى ارشاد الناس وهدايتهم الى مافيه خيرهم وصلاحهم . واصلاح مافسد من أمرهم فى معتقداتهم ومعاشهم ومعاملاتهم . وتقديم ما اعوج من أخلاقهم وتهذيب نفوسهم . ودفع المضرة والمفسدة عنهم وجلب المصلحة والسعادة لهم . بل تناول الاسلام تلك العادات والاعراف . فأبقى الصالح منها وأقره وعده من شريعته وأبطل الفاسد منها وحرمه ولم يقره . وأكمل الناقص منها . مراعيا فى كل ذلك تحقيق مايرمى اليه فى تشريعه . وتحصيل مايقصده فى أحكامه من جلب المصلحة للناس ودفع المضرة عنهم وعدم الاعنات والارهاق فيما يكلفون به من عبادات ومعاملات وفيما يشرع لهم من أحكام .

ولبيان ما للعرف من أثر فى نفوس الناس روعى فى التشريع الاسلامى. سنذكر مثالين لذلك :

(١) كان شرب الخمر ولعب الميسر من العادات المتأصلة فى نفوس العرب وكانوا يتمدحون بهما ويرون تناول الخمر وشربه يحمل الشارب على الشجاعة والاقدام . وأن الميسر من دواعى الكرم والجود حيث كانوا

يجعلون ماربحوه طعاما للفقراء والمساكين ويتصدقون به على المحتاجين .
وقد صار من أمثالهم قول بعضهم : « اليوم خمر وغدا أمر » وهذا يبين لنا شدة تعلقهم بشرب الخمر واستحكامه فى نفوسهم . ولما أراد الشارع الحكيم تحريمها لانها من العادات الضارة غير الصالحة للبقاء . فانه لم يعمد مرة واحدة الى تحريمها حتى لايفاجأ الناس بتحريم ما ألفوه وتعارفوه . فيشق عليهم ذلك ولا يسهل عليهم قبوله . فسلك طريق التدرج فى تحريمهما ليكون ذلك أدعى الى الامتثال والقبول بدون صعوبة ومشقة . بعد أن تهيأت النفوس لذلك . فلما سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن الخمر والميسر نزل قوله تعالى أول مانزل فى شأنهما : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما» «[١]» فلم تصرح الآية بتحريمهما وان كان فقيه النفس العالم بأسرار التشريع الواقف على حكمته يفقه من قوله تعالى : « واثمهما أكبر من نفعهما » التحريم لان المنظور اليه فى تحليل الشيء أو تحريمه غلبة الخير أو الشر حيث لايوجد فى الافعال ما هو خير محض و لاشر محض . فالمعتبر انما هو الامر الاكثر الاغلب لان عامة المنافع والمضار أمر اضافى لا حقيقى .
ولذا امتنع بعض الناس عن شرب الخمر ولعب الميسر بعد هذه الآية .
وقال بعضهم : نصيب من منافعهما وندع المأثم . ثم نزل بعد ذلك قول الله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون » «[٢]» فنهى المؤمنين عن أن يقربوا الصلاة وهم سكارى . ثم حرم الله سبحانه وتعالى الخمر والميسر تحريما باتا بعد أن مهد لذلك بالآيتين السابقتين . فنزل قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفحلون انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » «[٣]» وفى

---

(١) سورة البقرة الآية ٢١٩ .
(٢) سورة النساء الآية ٤٣ .
(٣) سورة المائدة رقم ٩٠ ، ٩١ .

قوله تعالى « فهل أنتم منتهون » أبلغ مايكون من الاجتناب عنهما . وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما نزلت هذه الآية قال : انتهينا .

(٢) روى البخارى ومسلم بسندهما عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله وعليه وسلم : لولا قومك حديث عهد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد ابراهيم . فقد راعى النبى عليه الصلاة والسلام ما اعتاده قريش وألفوه فى بناء البيت فأبقاه على ما هو عليه بدون تغيير مراعاة لعادة قومه التى تأصلت فى نفوسهم . ويذكر ابن القيم فى « أعلام الموقعين » أن مكة لما فتحت وصارت دار اسلام عزم النبى عليه الصلاة والسلام على تغيير البيت ورده على قواعد ابراهيم عليه السلام . ومنعه من ذلك مع قدرته عليه خشية وقوع ماهو أعظم منه من عدم احتمال قريش لذلك لقرب عهدهم بالاسلام وكونهم حديث عهد بالكفر . وما ذلك الا لشدة تعلق النفوس بما اعتادت عليه ولصعوبة تحويلها عما ألفته واقلاعها عما أنست به من العادات على مر الزمان .

وسنذكر جملة من العادات التى كانت للعرب فى الجاهلية وأبطلها الاسلام لكونها ضارة غير صالحة للبقاء . ثم نعقبها بطائفة من العادات التى أقرها الاسلام أو عدلها سواء كانت تلك العادات فى المعاملات المدنية أو فى نظام الاسرة أو فى العقوبات أو العبادات .

فمن العادات التى أبطلها الاسلام :

١ ـ شرب الخمر ولعب الميسر وعبادة الانصاب أو الذبح عليها للتقرب والزلفى الى الله والاستقسام بالازلام . وقد أبطل الاسلام كل ذلك . قال تعالى : ياايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » لانها عادات ضارة فاسدة غير صالحة للبقاء .

ب ـ وكان من عاداتهم وأد البنات حتى قالوا : وأد البنات من المكرمات قال تعالى : « واذا بشر أحدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم .

فيوارى من القوم من سوء ما بشر به أيمسكه على هون أم يدسه فى التراب » «١» وكانوا يفعلون ذلك مخافة العار وخشية الفقر . ويقول الاستاذ الخضرى فى كتابه « تاريخ الامم الاسلامية : ان هذه العادة لم تكن فى جميع العرب بل كانت فى بعض بطون من تميم واسده اهـ . وقد أبطل الله تعالى هذه العادة الوحشية المستهجنة بقوله « ولا تقتلوا أولادكم خشية املاق نحن نرزقهم واياكم ان قتلهم كان خطئا كبيرا » «٢» .

جـ ـ وأبطل الاسلام التبنى الذى كان شائعا بين العرب فكان الواحد منهم يتبنى ابن غيره فيلحق به وينسب اليه دون أبيه من النسب . ويكون فى الحكم كأحد أبناء من تبناه من النسب يشاركهم فى ارثه . وقد جرى العمل بنظام التبنى الذى جرى به عرف العرب وعادتهم فترة من الزمن فى صدر الاسلام ثم نسخ الله التبنى وأبطله . قال تعالى : « ماجعل أدعياءكم أبناءكم . ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل . أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله » «٣» .

د ـ وكان التوريث معروفا عند العرب . ونظامهم فى الارث أنهم لايورثون الا من يحمى الذمار ويدافع عن الحريم ويذب عن الحوزة ويحمل السيف ويقاتل الاعداء من الرجال . فقاعدتهم المتبعة عندهم قصر الارث على الرجال فيحرمون من الميراث الضعيفين المرأة والصغير . فهدم الاسلام ذلك وأبطله وقرر للنساء نصيبا من التركة وجعل الاولاد وارثين بدون فرق بين صغير وكبير . قال تعالى : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » «٤» وقال تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » «٥» .

(١) رقم ٥٨ ، ٥٩ من سورة النحل .
(٢) سورة الاسراء رقم ٣١ .
(٣) سورة الاحزاب ٤ ، ٥ .
(٤) سورة النساء رقم ٧ .
(٥) سورة النساء رقم ١١ .

هـ ـ وقـد حرم القرآن عادتهم التزوج بامرأة الاب وكانوا يسمون ذلك زواج المقت وكذا حرم الجمع بين الاختين ، قال تعالى : « ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا «١» وقال تعالى فى بيان المحرمات من النساء : « وان تجمعوا بين الاختين الا ماقد سلف » «٢» .

و ـ ومن العادات التى كانت شائعة التعامل بالربا فقد اعتاده العرب وتعارفوه وحرم الاسلام الربا ونزل فى شأنه جملة آيات منها قوله تعالى : « الذين يأكلون الربا لايقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس . ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا . وأحل الله البيع وحرم الربا » «٣» ومنها قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لاتأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون » «٤» .

ونكتفى بهذا القدر من عرف العرب وعاداتهم التى كانت سائدة بينهم فى زمن البعثة ووقت نزول الوحى وأبطلها الاسلام لفسادها وعدم صلاحيتها للبقاء وللتعامل بها . ونشرع الآن فى سرد طائفة من الاعراف والعادات التى أقرها الاسلام أو عدلها . وقبل ذكرها نود أن نقرر أن اقرار الاسلام هذه العادات ليس باعتبارها عادات جرى عليها الناس وتعاملوا بها فحسب . بل على أنها شريعة كفيلة بتحقيق مصالح الناس لان الشارع لما أقر العرف واعتبره من شريعته فقد شرعه للناس وجعله قانونا ملزما يجب اتباعه والعمل بمقتضاه .

وها هى بعض تلك الاعراف والعادات التى أقرها الدين الاسلامى على ما كانت عليه أو بعد تعديلها :

(١) من أنواع المعاملات التى كان العرب يزاولونها وجرى عرفهم

---

(١) سورة النساء الاية ٢٢ .
(٢) سورة النساء ٢٣ .
(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .
(٤) سورة آل عمران الآية ١٣٠ .

وتعاملهم بها وأقرها الاسلام الاجارة والرهن والشركة والمزارعة والمساقاه والبيع بعد أن نهى عن أنواع منه وحرمها وأقر السلم الذى كان العمل به جاريا فى المدينة بعد أن عدل نظامه الذى كان متبعا عندهم بما يجعله صالحا للتعامل به بين الناس من غير أن يؤدى الى خلاف ومنازعة بين المتعاملين به . روى الامام البخارى عن ابن عباس قال : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين . فقال من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم .

(٢) كان تعدد الزوجات معروفا عند العرب ومألوفا لديهم وجرت عادتهم بذلك . وكانوا يكثرون من تزوج النساء وكانت عادتهم فى تعدد الزوجات أنهم لايقفون فى الجمع بينهن عند حد معين ولا يلتزمون عددا محدودا لايتجاوزونه . فأقر الاسلام أصل تعدد الزوجات ولكنه عدل نظام التعدد وجعل أقصى عدد من الزوجات يجوز للرجل أن يجمع فى عصمته أربعا فمن كانت له أربع زوجات فليس له أن يتزوج بأخرى . قال تعالى « وان خفتم الا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة » «[١]» وروى عن ابن‌عمر رضى الله عنهما : ان غيلان الثقفى أسلم وله عشر نسوة فى الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا ويفارق سائرهن . وعن قيس بن الحارث أنه أسلم وعنده ثمان نسوة فقال له‌النبى عليه الصلاة والسلام : اختر منهن أربعا . وعن نوفل بن معاوية أنه أسلم وله خمس نسوة فقال صلى الله عليه وسلم : امسك أربعا وفارق الاخرى .

وهكذا نرى الاسلام قد أخذ بالامر الوسط فى مسألة تعدد الزوجات فلم يمنع أصل التعدد ولم يبحه بدون أن يقف الانسان عند حد محدود من العدد . بل أباح التعدد لمن لايخاف الجور فى معاملة زوجاته عند وجود الحاجة الى التعدد من دواعى طبيعية أو اجتماعية . وقصر العدد

---

(١) سورة النساء الآية ٣ .

على الاربع فلا يجوز للرجل أن يجمع فى عصمته أكثر من ذلك وهذا محل اتفاق جمهور العلماء والفقهاء من المسلمين فى جميع الامصار والاعصار فلا اعتداد برأى من خالفهم .

(٣) وكان الطلاق معروفا عند العرب فى الجاهلية . ويقول المرحوم الاستاذ الخضرى فى كتابه « تاريخ الامم الاسلامية » : ان الطلاق كان بيد الرجل الا انه كان هناك نساء يمتزن بشرف قومهن ومكانتهن فكانوا يشترطون أن تكون الفرقة بأيديهن . ا هـ . وقد كان الرجل فى الجاهلية يطلق زوجته ثم يراجعها فى العدة ويكرر ذلك ولم يكونوا يقفون عند حد . فلما جاء الاسلام أقر أصل الطلاق وتولى تنظيمه بما يمنع الظلم عن الزوجة ويبعدها عن أن تكون ألعوبة فى يد الرجل يتخذ الطلاق وسيلة لارهاقها واعناتها وامتهان كرامتها . ووضع للطلاق حدا أقصى حيث جعل عدده ثلاثا بحيث اذا طلق الرجل زوجته الطلقة الثالثة . انقطعت العلاقة الزوجية بينهما انقطاعا باتا . فتصبح محرمة عليه تحريما مؤقتا فلا يجوز له أن يتزوجها الا بعد أن تتزوج زوجا آخر زواجا صحيحا فيدخل بها دخولا حقيقيا ثم يموت عنها الزوج الثانى أو يطلقا لامر من الامور وتنقضى عدتها . فاذا حصل كل ذلك يحل للاول أن يتزوجها مرة أخرى . قال تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » «[١]» وقال تعالى بعد هذه الآية : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » «[٢]» .

(٤) ومن عادات العرب وتقاليدهم القصاص فى القتل العمد ظلما وعدوانا وقد أثر عنهم قولهم : « القتل أنفى للقتل » وللقصاص عندهم نظم جرى بها عرفهم . ومن هذه النظم اعتبار القبيلة كلها مسئولة عن جناية أى فرد منها الا اذا تبرأت القبيلة من الجانى وأعلنت ذلك فى المجتمعات العامة . فنشأ عن ذلك أن ولى القتيل قلما يكتفى بالقصاص من القاتل

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

(٢) رقم ٢٣٠ من سورة البقرة .

فقط . بل كان يسرف فى القتل من أفراد قبيلة القاتل خصوصا اذا كان القتيل شريفا فى قومه أو زعيما لقبيلته . فتنشب الحرب بين القبيلتين ويستعر القتال بين الفريقين وربما يستمر القتال بين الطرفين أعواما .
والشريعة الاسلامية اعتبرت الجانى وحده هو المسئول وهو الذى يقتص منه ولا يجعل غيره مسئولا عن جريمته بدون تمييز بين الاشخاص والافراد . فلا تفرقة بين الرفيع والوضيع ولا بين الامير والحقير وفى الحديث الشريف: « المسلمون تتكافأ دماؤهم » والمبدأ الذى قرره الاسلام أن المسئولية الجنائية قاصرة على الجانى لا يتحملها غيره . فلا يقتص الا منه . قال تعالى « ولاتكسب كل نفس الا عليها ولاتزر وازرة وزر أخرى » «[١]» وبهذه القاعدة التى قررها الاسلام منع الاسراف فى الاخذ بالثأر الذى جرت به عادة الجاهلية .

(٥) ومن العادات العربية دفع الدية الى أهل المقتول خطأ . وتلزم بالدية عاقلة القاتل وهى عصبته وقبيلته الذين ينصرونه ويدافعون عنه . وقد أقرت الشريعة الاسلامية نظام الدية الذى كان متبعا عند العرب فى الجاهلية وجرى به عرفهم . ويشير الى ذلك قوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة ودية مسلمة الى أهله » «[٢]» وروى البخارى فى صحيحه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصبة القاتل . وايجاب الدية فى القتل الخطأ على عاقلة القاتل من باب التخفيف من القاتل والمعاونة لكونه معذورا حيث لم يتعمد فعل الجريمة فلا يعد ذلك تحميلا لغير الجانى مسئولية الجناية . ثم ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الديوان ان كان القاتل منهم وسيأتى تفصيل لهذه المسألة فى موضع آخر .

(٦) وقد أقر الاسلام القسامة التى كانت متبعة عند العرب واتبع

---

(١) الآية رقم ١٦٤ من سورة الانعام .
(٢) الآية رقم ٩٢ من سورة النساء .

نظامها الذى اعتاده العرب وتعارفوه فى الجاهلية . فقد روى مسلم فى صحيحه عن أبى سلمة ابن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم من الانصار . ان النبى عليه الصلاة والسلام أقر القسامة على ماكانت عليه فى الجاهلية . وقد روى البخارى فى باب القسامة عن ابن عباس رضى الله عنه فى حديث طويل صفة القسامة فى الجاهلية . وقد بين فى كتب الفقه كيفية القسامة وتفاصيلها ومتى يلجأ اليها ويعمل بها .

(٧) ومن العادات التى كان العرب يقومون بها فى الجاهلية ويتقربون بها الى الله تعالى تعظيم الكعبة والحج اليها والطواف بها قال تعالى : « ولكل أمة جعلنا منسكا ليذكروا اسم الله على مارزقهم من بهيمة الانعام » «[١]» ويقول تعالى فى آية أخرى : « لكل أمة جعلنا منسكا هم ناسكوه » «[٢]» . جعل الله سبحانه وتعالى للامم والشعوب مواضع معينة وأماكن معلومة للاجتماع فيها لعبادته والتقرب اليه . فكان منسك العرب ومحل عبادتهم واقامة شعائرهم . هو البيت الحرام بمكة المكرمة وفى هذا يقول عز وجل : « ان أول بيت وضع للناس للذى ببكة مباركا وهدى للعالمين » «[٣]» ومع تقادم العهد وتطاول الزمن غير العرب الكثير من دين أبيهم ابراهيم عليه السلام وابنه اسماعيل . فعبدوا الاوثان والاصنام يتقربون بها الى الله زلفى . وأشركوا بالله سبحانه وتعالى . فلما بعث الرسول عليه الصلاة والسلام وجاء بالدين الحنيف جعل الله البيت الحرام منسك الامة الاسلامية . من جميع أقطار العالم وأقر الدين الاسلامى أعمال الحج من طواف بالبيت العتيق وسعى بين الصفا والمروة وغير ذلك من مناسك الحج بعد أن طهرها من أدران الشرك والوثنية وجعلها عبادة خالصة لله سبحانه وتعالى بدون شريك قال تعالى « ولله على الناس حج

---

(١) سورة الحج الآية ٣٤ .
(٢) الآية ٦٧ من سورة الحج .
(٣) الآية ٩٦ من سورة آل عمران .

البيت من استطاع اليـه سبيلا » «[١]» وروى البخارى فى صحيحـه عن عاصم بن سليمان قال : سألت انسانا عن الصفا والمروة قال : كنـا نرى أنهما من أمر الجاهلية . فلما جاء الاسلام أمسكنا عنهما فأنزل الله تعالى : « ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما » «[٢]» .

(٨) ومن القربات التى كان العرب فى جاهليتهم يتقربون بها الى الله الاعتكاف فى البيت الحرام فترة من الزمن للتعبد فيه . فلما جاء الاسلام أقر ذلك روى البخارى عن ابن عمر : ان عمر سأل النبى صلى الله عليـه وسلم قال : كنت نذرت فى الجاهلية أن أعتكف فى المسجد الحرام . قال فاوف بنذرك .

هذا ويطول بنا القول لو حاولنـا تفصيل حياة العرب فى الجاهليـة ونظمهم المؤسسة على العرف والعادات وموقف الشريعة الاسلامية بازائها ومدى اعتبار الاسلام فى تشريعاته المدنية والجنائية والتجارية وغيرها لتلك الاعراف والعادات . وما أدخله عليها من اصلاح وتعديل أو عدم قبوله وعـدم اعتباره لها . ونرى فيما قدمنـاه من الامثلة فى مختلف الشئون المتعلقة بتلك الاعراف والعادات . مايكفى ليكون الشخص رأيا فى أثر العرف والعادة فى التشريع الاسلامى . وقبل أن نترك هذا الموضوع نقرر مسألة لها أهميتها ومكانتها فى التعويل على العرف واعتباره . اذا لم يوجد نص من الشـارع . وهى أن النـاس فى عصر النبوية كانوا فى الحوادث والمسائل التى لم يرد فيهـا حكم منصوص عليه يتبعون فيهـا عرفهم فى الجاهلية ويلتزمون العمل بمقتضاه الى أن يغيره الاسلام أو يقره . ونجد فقهاء الفقه الاسلامى كثيرا مايرددون عند بيان مشروعية الشىء قولهم : بعث الرسول والناس يتعاملون به . فيعتبرون تعامل الناس وعرفهم وقت

(١) الآية ٩٧ من سورة آل عمران .
(٢) الآية ١٥٨ من سورة البقرة .

نزول الوحى وفى عصر النبوية مادام الشارع لم ينكره ولم يغيره دليـــلا شرعيا يعمل بموجبه ويحكم بمقتضاه .

اثر العرف فى اختلاف الفقهاء

أخذت المملكة الاسلامية فى الامتداد والاتساع وأخذ الدين الاسلامى فى الانتشار والذيوع . بعد عصر النبى عليه الصلاة والسلام . وما زالت الدولة الاسلامية تتسع رقعتها ويمتد سلطانها بسرعة ويشاركها فى هـــذا الاتساع والامتداد الدين الحنيف . حتى استظلت براية الاسلام فى وقت وجيز أقطار كثيرة وبلاد متباعدة مترامية الاطراف . وخضعت لسلطـــان الاسلام ونفوذه أمم مختلفة وشعوب متعددة . ولكل قطر ولـــكل أمة عادات مألوفة وأعراف مرعية وطرق متبعة فى معاملاتهم المتنوعة فى شتى الشئون فى الحياة من مدنية وجنائية وتجارية وزراعية واقتصادية واجتماعية وأحوال شخصية وغير ذلك من الامور .

فواجه الفقهاء والائمة المجتهدون من علماء الاسلام الذين وجدوا فى تلك البلاد المختلفة وعاشوا فى بيئاتهـــا المتفاوتة . أنواعا من العـــادات والمعاملات يختلف بعضهـــا عن بعض . فكان من الطبيعى أن يجتهـــدوا ويبذلوا جهدهم فى تطبيق أصول الاسلام وقواعد الفقه الاسلامى العامة على هذه العادات والمعاملات المتنوعة لمعرفة أحكامها من الشريعة الاسلامية ومدى مطابقتها لمقاصدها الضرورية والحاجية والكماليـــة . وليس من شك أن العلماء قد تأثروا فى اســـتنباطهم للاحكام الفقهيـــة وفى تطبيقهم الاصول العامة على الحوادث والجزئيات بالبيئات التى كانوا يعيشون فى محيطها وبعادات أهل البلاد التى كانوا يقيمون بها . ولاريب أنهم راعوا العادات والاعراف التى كانت سائدة وقائمة فى تلك البيئات والبـــلاد . فيما يضعونه ويستنبطونه من الاحكام . حتى لاتـــكون أحكامهم فيمـــا يعرض عليهم من وقائع ومسائل نابية عما ألفه الناس ولا مجافية لما اعتادوه وتعاملوا به وساروا عليه أزمانا متطاولة . لان فى اقلاع الناس عن عاداتهم

ونزعهم عن مألوفهم حرج ومشقة لهم . والدين الحنيف يسر لا عسر فيه. اذ من أهم المقاصد والاغراض للشريعة الاسلامية التيسير على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم . وأن تكون أحكامها سهلة ميسرة لايتضرر الناس فى قبولها والعمل بمقتضاها . ولايجدون صعوبة فى تطبيقها وتنفيذها . فاذا افتقد الفقيه النص فيما يعرض له من الحوادث والوقائع الجزئية وأعوزه الدليل فلا بد من أن يرجع الى العرف والعادة لمعرفة الحكم وفى تطبيق القواعد العامة للشريعة الاسلامية .

فالفقهاء الذين وجدوا فى العراق وعاشوا فيه وشاهدوا عادات أهله ووقفوا على طرق معاملاتهم ووسائل معيشتهم كالامام الاعظم أبى حنيفة وأصحابه قد تأثروا فيما بينوا من أحكام فقهية بما كان سائدا فى البلاد العراقية من عادات مرعية فى تعاملهم وتصرفاتهم ولذلك نجد أثرا واضحا للعرف والعادة فيما استنبطوه من أحكام الجزئيات والمسائل الفرعية . حيث لايوجد نص من الكتاب أو السنة . وفى كتاب مناقب الامام أبى حنيفة للموفق المكى : كان ابو حنيفة شديد الاتباع لما كان عليه الناس فى بلده »[1] . وفى مناقب الامام محمد للكردرى : كان محمد يذهب الى الصباغين يسأل عن معاملاتهم وما يديرونه فيما بينهم . وهكذا كان كل الائمة وجميع الفقهاء المجتهدين فى الامصار والبلاد المختلفة متأثرين بعادات عرف البلاد التى عاشوا فيها . وقد اشترط العلماء فى المجتهد أن يكون عارفا بعرف الناس عالما بعاداتهم ووسائل معاملاتهم اذ مبنى كثير من الاحكام الفقهية على العرف كما أن تلك الاحكام قد تتغير بتغير العرف وفساد الزمان وتبدل الاحوال والمعاملات .

ويقول ابن خلدون فى مقدمته عند تعليله انتشار مذهب الامام مالك امام دار الهجرة فى بلاد المغرب والاندلس ما نصه : وأيضا فان البداوة كانت غالبة على أهل المغرب والاندلس ولم يكونوا يعانون الحضارة التى

---

(١) ج ١ ص ٨٩ .

لاهل العراق . فكانوا الى أهل الحجاز أميل لمناسبة البداوة ولهذا لم يزل المذهب المالكى غضا عندهم ولم يأخذه تنقيح الحضارة وتهذيبها كما وقع فى غيره من المذاهب «[١]» . اهـ .

ويقول الاستاذ الكبير أحمد أمين تعليقا على كلام ابن خلدون المذكور : فهو يريد أن يقرر أن مدنية البلد الذى نشأ فيه الامام أو بداوته لها أثر خاص فى تكوين رأيه . ولو استعرضنا بعض خلافات بين الفقهاء لوجدنا ذلك واضحا «[٢]» اهـ .

وهناك مثال آخر غير ماساقه ابن خلدون يوضح لنا تأثر الفقهاء بعرف البيئة وظروفها وبعادات الاقليم الذى يوجدون فيه وبطرق معاملاتهم . وهو مذهب الامام الشافعى فانه كان فى أول أمره متأثرا الى حد بعيد بآراء الامام مالك الذى تتلمذ عليه مدة طويلة فى أول نشأته وطلبه للعلم . ولما رحل الى العراق مرتين واتصل بعلمائه واطلع على آرائهم ووقف على كتبهم ورأى هنا لك ما لم يكن رآه فى الحجاز من العادات وأنواع المعاملات . غير بعض آرائه الفقهية وكون له مذهبا ضمنه كتابه « الحجة » وهو المذهب المعروف بالقديم عند الشافعية . ثم لما جاء الى مصر واستوطنها وأقام بها الى حين وفاته . وشاهد فى مصر من العادات المتبعة غير ماعهده فى بلاد الحجاز والعراق ورأى ضروبا من الانظمة والمعاملات يسير عليها أهل مصر تخالف ماعليه أهل العراق والحجاز ووسائل فى الزراعة ليست معروفة فى الحجاز والعراق دعاه كل ذلك الى ترك مذهبه القديم الذى أنشأه حينما كان فى العراق والى تكوين مذهبه الجديد .

وقد راعى علماء المذاهب المختلفة فى عصر التقليد العرف فى تطبيق الاحكام الفقهية التى نص عليها الائمة المجتهدون أصحاب المذاهب وفى تخريج المسائل وترجيح الاقوال والعدول عن ظاهر الرواية فى المذاهب الفقهية .

---

(١) المقدمة ص ٤٢٥ .

(٢) فجر الاصلاح ج ١ ص ٣٠٦ .

ومن أسباب اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم فى تفسير القرآن وفهم آياته تفاوتهم فى معرفة عادات العرب فى أقوالهم وأفعالهم وقت نزول القرآن . فمن كان عارفا بعادات العرب فى الجاهلية وأساليبهم فى الخطاب كان أقدر من غيره فى فهم الآيات وتعيين معانيها والعلم بالمقصود منها . ويقول الشاطبى فى الموافقات : انه لابد فى فهم الشريعة من اتباع معهود الاميين وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم فان كان للعرب فى لسانهم عرف مستمر فلا يصح العدول عنه فى فهم الشريعة «[1]» .

ومن أسباب اختلاف الفقهاء فى الفروع وفى تطبيق القواعد العامة على الوقائع والحوادث الجزئية اختلاف العادات والبيئات فى الاقطار المختلفة التى وجد فيها هؤلاء الفقهاء لانهم كانوا متأثرين الى حد كبير بالوسط الذى عاشوا فيه وبما أحاط هذا الوسط من ظروف وأحوال وبالعادات التى كانت مألوفة للناس وساروا عليها حقبة من الزمن فى معاملاتهم وتصرفاتهم . وقد أجاز الفقهاء كثيرا من المعاملات لجريان العرف بها . وحملوا الفاظ الوقف والطلاق والايمان والفاظ كل عاقد ومتصرف على عرفه وعرف أهل عصره واقليمه . وبذا نجد فى مواضع عدة من كتب الفقه يقول الفقهاء : وعلى هذا عرف الناس وتعاملهم وعلى هذا مجرى العادة والعرف . والاصل فى هذا الباب العرف . والمعول عليه فى هذه المسألة العرف والعادة .

وقد اشترط العلماء فى المجتهد أن يكون عارفا بعادات الناس وعرفهم لان كثيرا من الاحكام مبناها على العرف وتختلف تلك الاحكام باختلاف الزمان والمكان والحال لتغير العرف الذى بنى عليه الحكم . والمسائل التى اختلف فيها أصحاب المذاهب فى الفقه الاسلامى بسبب اختلاف العرف فى أمصارهم وأزمانهم كثيرة يصعب حصرها واستقصاؤها . بل قد اختلف فقهاء المذهب الواحد فى الاحكام باختلاف العرف واختلاف زمانهم ولهذا

---

(١) ج ٢ ص ٥٣ .

نجد العلماء فى كثير من المسائل الفقهية يقولون : هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان . (وسنذكر بعد طائفة من المسائل التى اختلف فيها الفقهاء بسبب اختلاف عرفهم وزمانهم) .

« وقد كان لكل أمة عرف وعادات فى بيعها وشرائها وفى لغتها ودلالة الفاظها على معانيها . وفى الزواج ومايكون جهازا وما لايكون . وكل هذه العادات عرضت على الائمة فأدخلوها فى الفقه . وكانت من أكبر مصادره لان كثيرا من عادات الامم لم تعرف فى عهد النبى فلم يرد فيها كتاب ولا سنة . ورجوع الناس عن عاداتهم التى جروا عليها أجيالا ليس بالامر الهين . لذلك أجاز الفقهاء الكثير منها وأقروها وعدوها اسلامية وكان هذا سببا من أسباب تضخم الفقه »[1] .

اثر العرف فى العقود والتصرفات

من القواعد المقررة فى الشريعة الاسلامية أن يكون محل العقد ــ المعقود عليه ــ موجودا وقت انشاء العقد اذ لابد للعقد من محل ينعقد فيه . ولان مقتضى العقد أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم ولا يتأتى ذلك اذا كان محل العقد غير موجود وقت العقد . ولذا ورد النهى عن بيع الانسان ما ليس عنده وقد استثنى من هذا الاصل العام وهو أن يكون المعقود عليه موجودا وقت العقد بعض العقود حيث أجيز العقد على المعدوم عملا بالعرف الجارى بين الناس . فمن هذه العقود :

(١) الاجارة فان الاصل فيها ومقتضى القياس الا تصح لان المعقود عليه فى الاجارة منفعة العين المؤجرة . ومنفعتها معدومة غير متحققة وقت انشاء عقد الاجارة . لانها توجد فى المستقبل ساعة فساعة وليس لها دوام ولا بقاء . لانها عرض لايبقى زمانين فلا يتصور فيها التسليم . والعقد على المعدوم على خلاف الاصل والقياس . ولكن أجيزت الاجارة شرعا

---

(١) كتاب ضحى الاسلام ج ٢ ص ٢٣٩ .

فيما جرى عرف الناس وعادتهم باستئجاره كالدور للسكنى والاراضى للزراعة والبناء والسيارات للنقل والظئر لارضاع الطفل للعرف وتعامل الناس بمثل هذه الاجارات . واذا لم يوجد عرف ولم يجر التعامل بين الناس باجارة أشياء لم تصح الاجارة كاستئجار بقرة لارضاع الطفل والاشجار للاستظلال بها أو لتجفيف الثياب بتعليقها عليها عملا بالاصل والقياس . وفى تبيين الحقائق للزيلعى فى باب الاجارة : ان المعقود عليه وهى المنافع معدومة والقياس أن لاتجوز الاجارة لما فيها من اضافة العقد الى ما سيوجد «[1]» . وفى رسالة « نشر العرف » : ان الاجارة مشروعة على خلاف القياس لانها بيع المنافع المعدومة وقت العقد وانما جازت بالتعارف العام لما فيها من احتياج عامة الناس اليها وقد تعارفوها سلفا وخلفا فجازت على خلاف القياس . وصرح فى الذخيرة بان الاجارة انما جازت لتعامل الناس «[2]» .

وقد نص الفقهاء على صحة استئجار الدار وان لم يبين المستأجر وجه الانتفاع بها من السكنى ووضع الامتعة ونحوهما وينصرف الى السكنى فيها بدلالة العرف حيث انه المتعارف بين الناس فى استئجار الدار والمعروف عرفا كالمشروط نصا . مع أن القياس ألا يجوز الاستئجار الا اذا بين وجه الانتفاع بها لان الدار تستعمل لجملة أشياء متفاوتة فلا بد من بيان الغرض من الاستئجار حتى لايفضى الى النزاع والخلاف بين المتعاقدين . ولكن الفقهاء أجازوه بدون البيان عملا بالعرف الذى يصرفه الى السكنى . وفى الفروق : وتعيين المنفعة من الاعيان المستأجرة اذا سكت عنها تنصرف بالعادة للمنفعة المقصودة منها عادة . ونصوا أيضا على أنه يجوز دخول الحمامات العمومية بدون تعيين الاجرة ولا بيان مدة المكث فى الحمام ومقدار مايستعمل ويستهلك من الماء عملا بالعرف وتعامل الناس مع أن القياس عدم جواز ذلك لكونه من باب الاجارةفلا بد من

---

(١) تبين الحقائق ج ٥ ص ١٠٥ .
(٢) ص ١١٧ من رسائل ابن عابدين .

بيان مقدار الماء ومدة المكث . والجهالة فى كل واحد منهما موجبة لفساد الاجارة وعدم صحتها ومع ذلك فان العلماء أجازوا ذلك لتعارف الناس وتعاملهم وجريان عادتهم .

(٢) عقد الاستصناع : وقد عرفته المادة ١٢٤ من المجلة العدلية . بانه عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا فالعامل صانع والمشترى مستصنع والشىء مصنوع . ومن شروطه أن يكون العمل ومادة الشىء الذى سيصنع من الصانع وأن يبين المصنوع بيانا يرتفع معه الجهالة ويحول دون وقوع النزاع والخلاف بين المستصنع والصانع بعد اتمام الصانع صنعه . وان يكون المصنوع فيما يجرى عرف الناس وتعاملهم باستصناعه . وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان . فكل ماجرى به تعامل الناس وعرفهم باستصناعه يصح استصناعه وما لم يتعارفوا لايجوز استصناعه . وفى كتاب « البدائع » للكاسانى : ولا يجوز ـ الاستصناع ـ فى الثياب لان القياس يأبى جوازه وانما جوزناه استحسانا لتعامل الناس ولا تعامل فى الثياب «[1]» وماقاله الكاسانى بناء على العرف فى عصره واما الآن فقد تعامل الناس باستصناع الثياب وتعارفوه بينهم فيجوز الاستصناع فيها . وقد نصت المادة ٣٨٩ من المجلة العدلية على أن كل شىء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الاطلاق فالمدار فى صحة الاستصناع وعدمه انما هو عرف الناس والتعامل به فاذا وجد عرف وتعامل به صح وان لم يوجد لايصح الاستصناع . ويقول السرخسى فى كتابه « المبسوط » من أمهات كتب الحنفية مانصه : اذا استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستا أو كوزا أو آنية من أوانى النحاس فالقياس ان لايجوز ذلك لان المستصنع فيه مبيع وهو معدوم وبيع المعدوم لايجوز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان . ولكنا نقول تركنا القياس لتعامل الناس فى ذلك ثم يقول : وتعامل الناس من غير نكير أصل

---

(١) ج ٥ ص ٣ .

من الاصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم : مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن «[١]» . وفى تبيين الحقائق للزيلعي : ان الاستصناع ترك القياس فيه وخص من القواعد الشرعية للتعامل «[٢]» . وفى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما واستصنع المنبر «[٣]» .

وقد أصبح لعقد الاستصناع أهمية عظمى فى عصرنا الحاضر الذى انتشرت فيه الصناعات الثقيلة والخفيفة على اختلاف أنواعها وعمت المصانع والمعامل فى أقطار العالم بشكل لم يسبق له مثيل لتزويد الحكومات والافراد والجماعات وشركات البواخر والطيران والمؤسسات التجارية وغيرها بحاجاتها . وتسابق الدول وتنافس الامم فى اغراق الاسواق بمنتجاتها الصناعية المتنوعة وتعمل الدول جاهدة لاعداد جيوشها وتزويدها بأنواع الاسلحة المختلفة . فالمعاملات مع أصحاب المصانع والمعامل والصفقات التى تعقد معها على أنواع من مصنوعاتها ومنتجاتها لشرائها واستيرادها . أساسها الاستصناع وقد لايكون لدى صاحب المصنع وقت التعاقد مع المواد اللازمة لمصنوعاتها المطلوبة فيكون العقد واردا على شيء غير موجود ومع ذلك فان العقد صحيح عملا بالعرف والعادة فى الاستصناع .

(٣) ومن العقود التى بنيت على العرف وتعامل الناس عقد السلم . وهو نوع من أنواع البيع . ومعنى السلم فى الاصطلاح الفقهى بيع شيء ليس موجودا عند البائع بثمن حال يدفعه المشترى فى مجلس العقد . فهو عقد بيع يكون فيه الثمن معجلا والمبيع مؤجلا . بعكس البيع المؤجل وهو مايكون فيه المبيع معجلا والثمن مؤجلا . ويقال فى الاصطلاح : للبائع مسلم اليه . وللمشترى رب السلم ومسلم بكسر اللام من التشديد .

---

(١) ج ١٢ ص ١٣٨ .
(٢) ج ٥ ص ١٣٠ .
(٣) كتاب المبسوط للسرخسى ج ١٢ ص ١٣٩ .

وللمبيع مسلم فيه . وللثمن رأس مال السلم . والقياس يأبى جواز عقد السلم لان المسلم فيه وهو المبيع معدوم غير موجود عند البائع وقت انشاء العقد وقد قال عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام : لاتبع ماليس عندك . فهو ثابت على خلاف القياس ومستثنى من بيع ماليس عند الانسان . وقد كان عقد السلم معروفا فى الجاهلية ويتعامل به أهل المدينة فأقره الاسلام وفى « المبسوط » للسرخسى : وفى الحديث عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه . أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين . فقال صلى الله عليه وسلم : من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم . فقد أقرهم على أصل العقد وبين شرائطه فذلك دليل جواز العقد »[1] اهـ . وقد جاء فى الكتاب المذكور أيضا مانصه : وانما يقبل السلم فى العادة فيما ليس بموجود فى ملكه . ثم قال : والقياس يأبى جوازه لانه بيع المعدوم . وبيع ماهو موجود غير مملوك للعاقد باطل . فبيع المعدوم أولى بالبطلان ولكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة »[2] . ولايصح عقد السلم الا فى الاشياء التى يمكن ضبطها وتقبل التعيين بالقدر والوصف . لان الجهالة تفضى الى النزاع والخلاف بين العاقدين . وكل جهالة تؤدى الى ذلك مانعة من صحة العقود . وقد عنى الفقهاء أشد العناية فى بيان شروط السلم وضبط مايجوز السلم فيه ومعرفة المسلم فيه معرفة تامة بما يقطع النزاع حتى لايوجد هناك مايثير النزاع فى المستقبل بين المسلم اليه ورب السلم (البائع والمشترى) حيث أن العلاقة بينهما لاتنتهى بمجرد العقد بل تستمر الى زمن تسلم المسلم فيه الى المشترى .

وقد روى عن الامام أبى حنيفة أنه منع السلم فى بيض النعامة لتفاوت آحاده فى المالية وهو مخالف لظاهر الرواية فى المذاهب . ويقول الكمال ابن الهمام : والوجه أن ينظر الى الغرض فى عرف الناس فان كان الغرض

---

(١) ج ١٢ ص ١٢٤ .
(٢) ج ١٢ ص ١٢٤ .

فى عرف من يبيع بيض النعام الاكل ليس غير كعرفه أهل البوادى يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز . وان كان الغرض منه فى العرف حصول القشر ليتخذ فى سلاسل القناديل كما فى ديار مصر وغيرها من الامصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد الا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو اهداره «(١)» اهـ .

لان اختلاف الغرض فى عرف الناس وعادتهم من استعمال بيض النعامة يستدعى اهدار التفاوت فى آحاده وعدم اهداره فان كان الغرض منه فى العرف الاكل فالتفاوت فى آحاده لاعبرة به فيكون عدديا متقاربا فيجوز السلم فيه . وان كان الغرض منه فى العرف استعمال قشره فى الصناعات كسلاسل القناديل وغيرها فالتفاوت فى احاده يوجب التفاوت فى قيمته فلا يكون عدديا متقاربا فلا يصح السلم فيه لتفاوت آحاده حينئذ فى المالية

(٤) ويراعى عرف التجار وعادة الناس وتعاملهم . فى عقود المرابحة والتولية والوضيعة . ولبيان المعانى الاصطلاحية بهذه العقود . نقول ان الفقهاء قسموا عقد البيع بالنظر الى ثمن المبيع الى الانواع الآتية : (١) بيع المساومة . وهو بيع الشىء بالثمن الذى اتفق عليه البائع والمشترى بعد المساومة بدون تعرض للثمن الذى يكون البائع قد اشتراه به وبدون نظر الى ربح أو خسارة بالنسبة للثمن الاول الذى دفعه البائع فيه . وهذا النوع من البيع هو البيع المعتاد الكثير الوقوع بين الناس (٢) بيع المرابحة وهو بيع الشىء بمثل الثمن الذى اشتراه البائع به مع زيادة فيربح البائع فيه (٣) بيع التولية وهو البيع بالثمن الذى اشتراه البائع من غير زيادة ولا نقص فيه فلا ربح ولا خسارة بالنظر الى الثمن الاول الذى دفعه البائع (٤) بيع الوضيعة وهو البيع بأقل من مثل الثمن الذى اشترى به البائع الشىء فتلحقه الخسارة بالنظر الى الثمن الذى دفعه .

ولا بد فى عقود المرابحة والتولية والوضيعة . أن يكون الثمن الاول

---

(١) فتح القدير على الهداية ج ٦ ص ٢٠٨ .

للمبيع مثليا ومعلوما للمشترى لان تقدير الثمن فى هذه البيوع على أساس الثمن الاول الذى دفعه البائع حتى يتحقق أن الثمن الذى يدفعه المشترى مساو للثمن الذى دفعه البائع فى شراء المبيع أو زائد عليه أو ناقص عنه . وهذا يستدعى بالضرورة أن يكون الثمن الاول مثليا لا قيميا لان النسبة بين الثمنين بالمساواة أو بالزيادة أو بالنقص لايمكن أن تعقد الا بين متماثلين لاتفاوت بينهما فى المالية من حيث آحادهما . وذلك انما يتحقق فى المثليات التى لاتفاوت بين أفرادها فى المالية تفاوتا يعتد به فى اصطلاح الناس وعرفهم لا فى القيميات التى تتفاوت آحادها فى المالية تفاوتا لايدخل تحت مقياس وضبط . فلا يتأتى اتخاذ القيمى مقياسا ومعيارا لتقدير مقدار الثمن الثانى لمساواته للثمن الاول أو زيادته عليه أو نقصه عنه .

فاذا ما أراد البائع أن يبيع مرابحة أو تولية أو وضيعة الشىء الذى اشتراه فانه يضيف الى الثمن الذى اشترى به المبيع كل ماجرى عرف الناس وتعاملهم بالحاقه الى الثمن واضافته اليه . ويعتبر ذلك من الثمن . وكل ما لم يجر عرفهم وتعاملهم باضافته اليه فليس له أن يلحقه اليه ولا أن يعده منه . ويقول للمشترى عند البيع : قام على المبيع بكذا ولا يقول اشتريته بكذا ليكون صادقا فى قوله غير مرتكب الكذب . فيضيف الى الثمن أجرة الخياط والقصار والصباغ اذا كان المبيع ثوبا . ويعد كل ذلك من ثمنه . ويضيف الى الثمن أجرة سائق الدابة وعلفها ونقلها من بلد الى آخر اذا كان البيع دابة . ويقول الكاسانى فى « البدائع » بيانا لما يلحق برأس المال وما لايلحق به عند البيع مرابحة أو تولية أو وضيعة مانصه : لابأس بأن يلحق برأس المال أجرة القصار والصباغ والغسال والفتال والخياط والسمسار وسائق الغنم وعلف الدواب ويباع مرابحة وتولية على الكل اعتبارا للعرف لان العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه . وعرف المسلمين حجة . قال النبى عليه الصلاةوالسلام : مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . الا أنه لايقول عند البيع : اشتريته بكذا ولكن يقول : قام على بكذا لان الاول كذب

والثانى صدق . وأما اجرة الراعى والبيطار وما اتفق على نفسه فلا يلحق برأس المال . ويباع مرابحة وتولية على الثمن الاول الواجب بالعقد الاول لان العادة ماجرت بين التجار بالحاق هذه المؤن برأس المال . وما أنفق على نفسه فى سفره لايلحق به لانه لاعادة فيه . والتعويل فى هذا البـاب على العادة «١» . وفى كتاب « المبسوط » لشمس الائمة السرخسى : ان عرف التجار معتبر فى بيع المرابحة . فما جرى العرف بالحاقه برأس المـال يكون له ـ البائع ـ أن يلحقه به ومالا فلا «٢» ا هـ .

ومادام التعويل فى هذا الباب على العرف والعـادة كما صرح بذلك الكاسانى فيما نقلناه من كلامه . فاذا جرى عرف التجار على أن يضم الى الثمن الاول ما أنفقـه البائع على نفسه وتكلفه من مصـاريف فى السفر كأجرة الباخرة ومادفعه أجرة لتخزين البضائع فى الجمارك ولتخليصها . فانه ينبغى أن يلحق كل ذلك الى رأس المال وأن يعـد منه لان المرجع فى هذا كله هو العرف والعادة . فكل ماجرى به عرف التجار باضافتـه الى الثمن الاول واحتسـابه منه يلحق به ويعتبر منـه . وما ليس كذلك فى عرفهم لايضاف اليه ولا يعد منه .

(٥) ومن العقود التى بنى جوازها على العرف بيع الفواكه على الاشجار التى لاتظهر دفعة واحدة بل توجد شـيئا فشيئا بالتتابع ويتلاحق ظهور محصولاتها وتتناقص وقتا بعد وقت . وكذلك بيع الخضروات التى بهذه الصفة . فانه يجوز بيعها كلها صفقة واحدة لتعامل الناس وجريان عرفهم بذلك . عند الامام مالك كما ذكره السرخسى فى المبسوط وكذا عنـد الامام الليث بن سعد كما ذكره ابن القيم فى كتابه « أعلام الموقعين » «٣»

وظاهر المذهب عند الحنفية أن هذا العقد غير جائز للجمع فى العقد

---

(١) ج ٥ ص ٢٢٣ .
(٢) ج ١٣ ص ٨٠ .
(٣) ج ٤ ص ١٩ .

الواحد بين الموجود والمعدوم . ومن القاعدة المقررة أن المعدوم لايقبل البيع وحصة الموجود من الثمن مجهولة غير معلومة فلا يمكن تصحيحه بالنسبة للموجود من المبيع فلا يجوز العقد . ويروى السرخسى فى « المبسوط » عن محمد بن الحسن أنه أجاز بيع الورد على الاشجار وهو مما يتلاحق وجوده ويتتابع ظهوره شيئا فشيئا ثم ذكر السرخسى أن محمدا جوز البيع فى الورد ونحوه . وقد أفتى بعض علماء مذهب الحنفية مثل شمس الائمة الحلوانى ومحمد بن الفضل برأى الامام محمد فى هذه المسألة لعرف الناس وتعاملهم فى بيع أثمار الكروم بهذه الصفة . وفى نزع الناس عن عاداتهم المألوفة فى مبادلاتهم المالية حرج بين وعسر شديد «[1]» وغير خاف أن فى اجازة بيع الفواكه على الاشجار وكذا الخضروات التى تظهر متلاحقة ومتتابعة بعد أن بدا صلاحها مصلحة للناس وتيسيرا لهم فى معاملاتهم ومبادلاتهم التجارية . والتيسير على الناس من أهم مقاصد التشريع الاسلامى . وفى كتاب «قواعد الاحكام» لعز الدين بن عبد السلام: اذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فانه يجب ابقاؤها الى أوان جذاذها والتمكن من سقيها بالماء لان هذين مشروطان بالعرف فصارا كما لو شرطاهما باللفظ «[2]» .

هذا وللعرف أثر واضح فى الشروط التى تقترن بالعقود . والشروط التى يذكرها المتعاقدان أو يشترطها أحدهما فى العقد ذات أهمية كبيرة . فقد تقضى تلك الشروط على العقد فتجعله غير صحيح فلا يترتب عليه حكمه شرعا . ولعلماء المذاهب المختلفة فى الفقه الاسلامى كلام طويل وتفصيلات كثيرة فى الشروط المقترنة بعقود المعاوضات وبعقود غير المعاوضات من حيث صحة هذه الشروط واعتبارها ووجوب الوفاء بها والعمل بمقتضاها . ومن حيث عدم صحتها فعدم وجوب العمل والوفاء بها . ومن حيث تأثيرها فى صحة العقود المالية . وابطالها وعدم تأثيرها فى

---

(٢) راجع كتاب المبسوط ج ١٢ ص ١٩٦ — ١٩٧ .
(١) ج ٢ ص ١٠٨ .

ذلك . لاتتعرض لبيان آراء فقهاء المذاهب المختلفة فى هذا الموضوع لان ذلك يبعدنا عن غرضنا ويخرجنا عن الموضوع الذى نحن بصدده . ولذا نسوق الكلام فى بيان مذهب الحنفية فى هذه المسألة ونقول كلمة موجزة. لأن للعرف والعادة اعتبارا عندهم فيما يصح من الشروط وما لايصح منها فى العقود المالية وغيرها . يقسم فقهاء الحنفية الشروط المقترنة بالعقد الى ثلاثة أقسام . صحيح . وفاسد . وباطل . ويعرفون الشرط الصحيح بأنه ما يوافق مقتضى العقد كاشتراط ابقاء المبيع فى يد البائع اذا كان الثمن مؤجلا حتى يتسلم الثمن من المشترى أو ما يؤيد مقتضى العقد كاشتراط أخذ رهن من المشترى بالثمن أو تقديم كفيل به لان استيفاء البائع الثمن من المشترى مقتضى العقد وأخذ رهن به من المشترى أو كفيل مما يؤكده . أو ورد به الشرع كخيار الشرط لاحد المتعاقدين فانه ورد به النص من الشارع وكذا اشتراط رد المبيع للبائع اذا ظهر به عيب أو جرى به عرف أهل البلد الذى وقع فيه العقد . كما اذا اشترى شخص ساعة واشترط على البائع أن يقوم باصلاحها مدة معلومة . وكما اذا اشترى سيارة واشترط على البائع أن يقوم بتصليحها مدة معينة اذا جرى العرف بذلك . وكاشتراط تعجيل نصف الصداق أو ثلثه فى عقد الزواج اذا تعارف الناس ذلك وتعاملوه . فيلزم بائع السيارة باصلاحها فى المدة المعينة وكذا بائع الساعة ويلزم الزوج بأن يعجل لها المقدار المتفق على تعجيله حتى لو امتنعت الزوجة عن طاعته حتى تقبض المعجل من مهرها لاتعد ناشزا فتستحق النفقة على زوجها لان الشرط المقترن بالعقد لما كان صحيحا التحق بأصل العقد فيأخذ حكمه . فيرى مما سبق أن الحنفية يجعلون الشرط المتعارف بين الناس فى العقود مثل الشرط الذى ورد به النص فى اعتباره صحيحا وفى وجوب العمل بموجبه والوفاء به وان لم يكن الشرط المتعارف من مقتضيات العقد ولا من ملائماته ومؤكداته .

ولايقال ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط وهذا نص صريح من الشارع فى أنه لايجوز البيع بشرط ولو كان متعارفا بين الناس . والنص أقوى من العرف فلا اعتداد بالعرف مع وجود النص . فليس لاحد أن يرد النص بالعرف ــ لايقال ذلك ــ لان علة النهى عن البيع بشرط هى مايثيره البيع بالشرط من النزاع والخلاف بين المتبايعين لان غرض الشارع هو قطع النزاع وحسم الخلاف بين الناس . والشروط العرفية التى تعارفها الناس وتعاملوا بمقتضاها لاتسبب نزاعا ولا تثير خلافا ولاتوجد خصاما بين المتعاقدين فلا تكون مقصودة من النهى الوارد فى الحديث .

وفى « العناية على الهداية » للبابرتى : لايقال نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط . وهو باطلاقه يقتضى عدم جواز البيع اذا اقترن بشرط . لان الشرط الذى يقتضيه العقد ليس بشرط فى الحقيقة حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق . ثم قال : ولا يقال فساد البيع بالشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه . فالشرط المتعارف يكون فاسدا فلا يصح البيع معه . لان الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة . والعرف ينفى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث «[1]» . اهـ ببعض تصرف .

والشرط الفاسد وكذا الباطل هو ما لايقتضيه العقد ولا يلائمه وليس مشروعا بالنص ولا متعارفا بين الناس الا أن فى الشرط الفاسد منفعة لاحد المتعاقدين أو لغيرهما من اهل الانتفاع وفى الشرط الباطل لاتوجد هذه المنفعة . وهذا هو الفارق بين الشرط الفاسد والشرط الباطل عند الحنفية فى المسائل التى من قبيل المعاملات لا العبادات وأما فى العبادات فلا فرق بينهما عندهم . ثم ان الشرط الفاسد اذا اقترن بعقد معاوضة كالبيع والاجارة كما اذا باع رجل داره واشترط أن يسكنها مدة معلومة

---

(١) ج ٦ ص ٧٦ ــ ٧٧ .

أو يسكن المشترى شخصا معينا أو باع سيارة واشترط أن ينتفع بهـا مدة معينة . أفسد العقد . وان اقترن بعقـد من العقود التى ليست من المعاوضات والمبادلات المالية فلا أثر له فى العقد صحـة وفسادا . ويعتبر الشرط الفاسد لغوا لا اعتـداد به . كما اذا اشترطت الزوجة فى عقـد الزواج الا يتزوج عليها أو الا يخرجها من بلدها . وكما اذا اشترط الزوج الا ينفق عليها . وقد علل علماء الحنفية التفرقة بين العقود المالية وغـير المالية بالنسبة للشرط الفاسد حيث أن الاولى تفسد اذا اقترن بها شرط فاسد وتكون الثانية صحيحة معه ويكون الشرط المقترن بها لاغيا . بان فى اشتراط الشرط الفاسد زيادة لايقتضيها العقد ولا يلائمها لا فى مقابل شىء مـن العوض وهى المنفعـة لاحد المتعاقدين أو لغـيرهما من أهل الاستحقاق . فيفضى الى الربا أو على الاقل فى ذلك شبهة الربا . والمبادلات المالية يفسدها ما يؤدى الى الربا بخلاف العقود غير المالية . اذ لا يتصور فيها الربا ولا شبهة الربا . وبان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط . فكل بيع اقترن بشرط لايقتضيه العقد ولايلائمه ولا منصوصا عليه ولا متعارفا . فهو منهى عنه فيكون فاسدا . ويلحق بالبيع الذى هو مورد النص المذكور كل عقد هو معاوضة مالية بطريق القياس عليه لكونه فى معنى البيع . وأما العقود غير المالية كالنكاح فالنص المذكور لايشمله ولايقـاس على البيع لعدم وجود أمر مشترك بينهما يقتضى الحـاقه به وقياسه عليه «١» .

وأما الشرط الباطل فانه يكون لاغيا سواء اقترن بعقـد معاوضة أو بعقد غير معاوضة . فلا أثر له فى العقد صحة وفسادا . ويكون العقـد المقترن به صحيحا مادام مستكملا لاركانه ومستوفيا لشرائطه . لان الشرط الباطل لما كان لافائدة منه ولا منفعة لاحد العاقدين ولا لغيرهما من أهل الانتفاع والاستحقاق كما اذا باع دارا واشترط الا يسكنها المشترى وكذا

---

(١) يراجع الزيلعى ج ٤ ص ٥٧ ـ ٥٩ والهداية والفتح ج ٦ ص ٧٦ ـ ٧٩

اذا باع سيارة واشترط على المشترى الا يستعملها الا فى أوقات مخصوصة أو الا يستعملها غير المشترى أو لايبيعها المشترى . فانه لايؤدى الى النزاع والخلاف بين المتعاقدين ولايضير العقد ولا يعمل بموجبه .

وبعد فان المال الذى هو مورد العقود والتصرفات . وأساس المعاملات ومحل الصفقات والمبادلات والمعاوضات بين الناس . ومعيار الاشياء لتقدير قيمتها فى نظر الناس سواء كانت أعيانا أو منافع . والمحور الذى يدور عليه قضاء الحاجات بين الناس بطريق التبادل . وبالجملة فالمال الذى هو عصب الحياة . مقياسه انما عرف الناس وتعاملهم . فاذا تعارفوا على أن شيئا من الاشياء مرغوب فيه يميل اليه الطبع ويعمل الناس ويسعون لاحرازه واقتنائه . ويجرى فيه البذل والمنع . ويمكن ادخاره وتموله لوقت الحاجة كما هو تعريف المال عند الفقهاء . ثبتت ماليته . ومن الواضح أن هذا يختلف باختلاف الازمنة والامكنة والاشخاص . فقد يكون الشىء فى زمان أو مكان عديم الفائدة لاقيمة له ولا منفعة فى نظر الناس فيهملونه ولا يلتفتون اليه لعدم الجدوى والنفع بحسب علمهم وتقديرهم فى حين أنه فى زمان آخر ومكان آخر . قد يكون عزيزا نفيسا جم الفائدة وجليلة المنفعة للانسان . فيتزاحم الناس على امتلاكه وادخاره . ويتنافسون على احرازه واقتنائه . ويعملون جاهدين للحصول عليه بكل الطرق والوسائل . وكم من أشياء ثمينة ومواد نافعة كانت مهملة مهجورة قبل التقدم الصناعى والنهضة العلمية لجهل الناس بقيمتها وفائدتها . فأهملوها وتركوها بدون أن يهتم أحد بها . ثم أظهرت التجارب وأبان الكشف العلمى مالها من فوائد ومنافع ومزايا فى الصناعات والزراعات وغيرهما . فأصبحت متمولة ومتداولة بين الناس ومن أنفس مايمتلكونه ويعتزون باقتنائه . فثبوت المالية للاشياء ملاكه ومرده أولا وآخرا . انما العرف العام أو العرف الخاص فى تموله وتداوله . قال صاحب « البحر الرائق » فى أول كتاب البيوع عند تعريف المال : وفى الكشف الكبير . المال ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . والمالية انما ثبتت بتمول الناس كافة أو بتمول البعض .

العرف والوقف

من المقرر فقها أن أحكام مسائل الوقف عدا أصل مشروعيته لم تبن على نصوص شرعية من الكتاب أو السنة . ولذلك كانت أحكام الوقف اجتهادية بنيت على قواعد فقهية عامة وعلى عرف الناس وعاداتهم وتعاملهم. والخصاف الفقيه الحنفي قاضي القضاة ببغداد المتوفى سنة ٢٦١ هجرية والذي وصفه « قاضيخان » بأنه كان كبيرا فى العلم يجوز الاقتداء به «[١]». يقول فى كتابه القيم الذى ألفه فى الوقف والذى يعد حجة فى مسائل الوقف وأعظم مرجع لاحكامه عند الحنفية : وعلى هذا تعارف الناس وعلى هذا أمور الناس وعلى هذا مذهب الناس وما تجرى عليه وقوفهم . وعلى هذا معانى كلام الناس . وانما يجعل هذا على ما يتعارفه الناس ويعقلونه . ويردد هذه الكلمات فى أكثر من موضع فى كتابه «[٢]» . وفى فتاوى ابن حجر المكى : لاتبنى عبارات الواقفين على الدقائق الاصولية والفقهية والعربية كما أشار اليه البلقينى فى الفتاوى وانما نبنيها على مايتبادر ويفهم منها فى العرف وعلى ما هو أقرب الى مقاصد الواقفين وعاداتهم . وفى رسالة « العقود الدرية » لابن عابدين نقلا عن فتاوى العلامة زين الدين قاسم بن قطلوبغا : ان لفظ الواقف ... يحمل على عادته فى خطابه ولغته التى يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشارع أولا . وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوقف مانصه : قرر الفقهاء انه يجب حمل عبارات الواقفين على مايريدونه منها اما بقرينة أو عرف وافق ذلك لغة العرب أو لغة الشارع أولا . وانها لاتبنى على الدقائق الاصولية والفقهية والعربية .

واختلفت آراء علماء الفقه الاسلامى فى اشتراط التأبيد لصحة الوقف وعدم اشتراط ذلك . ففقهاء الحنفية يشترطون التأبيد فى صحة الوقف

---

(١) رد المختار ج ٢ ص ٢٩٥ .
(٢) ص ٤١ و ٤٥ وغيرهما .

وانبنى على ذلك أن وقف العقـار صحيح لانه قابل للتأبيد ويدوم الانتفاع به بدوام رقبتـه . والعقـار كما عرفه الكمال بن الهمـام فى كتابه « فتح القدير » هو الارض مبنيـة أو غير مبنيـة . والاصل والقياس فى المذهب الحنفى عدم صحة وقف المنقول وهو ما عـدا العقار . فكل ما عدا الارض منقول عنـد الحنفية فيتناول المنقول عنـدهم البناء والغرس . وانما كان القياس عـدم صحة وقف المنقول عنـدهم لان التأبيد هو شرط لصحة الوقف لا يتحقق فى المنقول اذ الاصل فيـه الزوال والاستهلاك . وتمسك الامام أبو حنيفة بمقتضى هذا الاصل فلم يجز وقف المنقول مطلقا سـواء كان وقفه قصـدا واستقـلالا أو تبعـا للعقار كما نص على ذلك صاحب الهـداية «[1]» .

وننقل هنـا كلام الكمال بن الهمام فى « الفتح » لانه لخص المذهب الحنفى فى وقف المنقول تلخيصا وافيا حيث قال : والحاصل أن وقف المنقول تبعا للعقار يجوز . واما وقفه مقصودا ان كان كراعا أو سـلاحا جاز وذلك لورود النص بوقفهما على خلاف القياس . وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيـوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا . وان كان متعارفا كالجنازة ــ بالكسر النعش ــ والفاس والقدوم وثياب الجنازة ومما يحتاج اليـه من الاوانى والقـدور فى غسـل الموتى والمصاحف . قال أبو يوسف لايجوز . وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ ومنهم الامام السرخسى كـذا فى الخلاصة «[2]» وفى « الهندية » : وأكثر فقهاء الامصار على قول محمد .

ومادام ملاك الامر ومرده فى وقف المنقول عند الامام محمد هو العرف والتعـامل فانه ينبغى أن يصح وقف كل منقـول اذا تعورف وقفه وجرى التعامل بوقفه بدون تفرقة بين منقول ومنقول . وبدون تمييز بين ما يمكن

---

(١) ج ٥ ص ٤٢٩ .

(٢) ج ٥ ص ٤٣٠ .

الانتفـاع به مع بقـاء عينه كالمصاحف والـكتب والثيـاب وأشباهها . وما لايمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالنقود لان بقاء أمثالها يعد بقاء لها. ووجـه مشايخ المذهب رأى الامام محمـد فى جواز وقف المنقول قصـدا واستقلالا عن العقار اذا جرى بوقفه عرف الناس وتعـاملهم بأن القيـاس يترك بالتعارف بين الناس كما فى الاستصناع اذا لم يوجـد نص فى عينه يبطله . وفى هـذا يقول السرخسى : ثم فى وقف المنقول مقصودا اختلاف بين أبى يوسف ومحمـد رحمهما الله ذكره فى « السير الكبـير » ــ كتاب لمحمد ــ والجواب الصحيح أن ما جرى العرف بين الناس بالوقف فيـه من المنقولات يجوز باعتبار العرف كثياب الجنازة وما يحتاج اليـه من القدور والاوانى فى غسل الميت . وهذا الاصل معروف ان ما تعارفه الناس وليس فى عينه نص يبطله فهو جائز . وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيـه تعامل . لقوله عليه الصلاة والسـلام : ما رآه المسلمون حسنا فهو عنـد الله حسن «[1]» .

وفقهاء الشريعة الاسلامية على اختلاف مذاهبهم متفقون على أنه يرجع فى دلالة عبارات الواقفين على معانيهـا وفى فهم شروطهم وتعرف أغراضهم ومقاصـدهم الى عرفهم القائم وقت انشاء أوقافهم لان كل واحـد يتكلم ويعبر عن مراده وقصده على حسب عرفه وعادته . ولذا نص فقهاء الحنفية على أن مفهوم المخالفة معتبر فى نصوص الواقفين وغيرهم مع أن مذهبهم عدم الاخذ والعمل به فى النصوص الشرعية لأن مفهوم المخالفة تعورف اعتباره فى متفاهم الناس فيجب اعتبـاره فى العقود والتصرفات وفى رسالة « رسم المفتى » لابن عابدين : أن تخصيص الشىء بالذكر لا يدل على نفى عما عداه فى خطابات الشارع فأما فى متفاهم الناس وعرفهم وفى المعاملات والعقليات يدل «[2]» .

أثر العرف فى الزواج وشروطه

ومع أن عقـد الزواج أهم العقود شأنا وأعظمها أثرا على الاطـلاق فى

(١) ج ١٢ ص ٤٥ .
(٢) الرسالة المذكورة ص ٤١ .

حياة الانسان حيث أنه يعقد على سبيل الدوام والبقاء مدى العمر . ولا يتكرر فى الاعم الاغلب من الحالات . ويترتب عليه من الآثار ما يبقى بقاء الزمان من ثبوت النسب والتوارث وتأسيس القرابات وانشاء روابط المصاهرة بين الاسر . ويحتاط الشارع فيه أكثر مما يحتاط فى غيره من العقود . فشرع له مقدمات لها أحكام فقهية وخصه من بين العقود باشتراط الاشهاد عليه . فان للعرف اعتبارا وتقديرا وأثرا واضحا فى انشاء عقد الزواج وشروطه .

فقد نص الفقهاء على أن عقد الزواج ينعقد بكل لفظ غلب استعماله فى معنى الزواج وانشائه بحسب العرف ولو كان من الالفاظ المصحفة غير الفصيحة مثل . جوزت . وزوزت . وتجوزت . اذا تعارف الناس هذه الالفاظ واستعملوها فى الدلالة على ايجاد عقد الزواج وانشائه . لانها فى هذه الحالة صارت حقيقة عرفية لايراد منها عند انطلاقها الا تحقيق عقد الزواج وانشاؤه . وفى « رد المحتار » : اذا قال العامى : جوزت بتقديم الجيم أو زوزت بالزاى بدل الجيم قاصدا معنى النكاح يصح ... ولاشك أن لفظ « جوزت . وزوزت » لا يفهم منه العاقدان والشهود الا أنه عبارة عن التزويج ولا يقصد منه الا ذلك المعنى بحسب العرف «[1]» .

وعقد الزواج من العقود التى لاتؤثر فيها الشروط الفاسدة فاذا اقترن بشرط فاسد يكون الشرط لاغيا ويكون العقد صحيحا . وأما اذا اقترن بشرط صحيح فأنه يصح كل من العقد والشرط ويجب الوفاء بالشرط والعمل به . ومن الشروط الصحيحة الشرط المتعارف بين الناس كاشتراط تعجيل نصف المهر وتأجيل نصفه الآخر لاقرب الاجلين الطلاق والموت . فأنه يصح الشرط ويجب العمل بموجبه اذا جرى بذلك عرف البلد الذى حصل فيه عقد الزواج . فللزوجة أن تمتنع عن طاعة زوجها ما دامت لم تقبض معجل صداقها عرفا . ولا تعد ناشزا فتستحق النفقة على زوجها

---

(١) ج ٢ ص ٢٩٤ طبع الحلبى ٥

مدة امتناعها عن طاعته حتى تقبض المعجل •

وأجمع الجمهـور من فقهاء الشريعة الاسلامية على اعتبار الكفاءة بين الزوجين وان اختلف الأئمـة فى الامور التى تعتبر فيها الكـفاءة بينهما فى الزواج • ومذهب الحنفيـة أوسع المذاهب فيما تعتبر فيـه الـكفاءة بين الزوجين لان فقهاء الحنفية لما أجازوا للمرأة الـكاملة الاهليـة أن تباشر عقد زواجها بنفسها كما تباشر سائر العقود والتصرفات بدون فرق بينهـا وبين الرجل خلافا لجمهور العلماء حيث لا يجيزون عقـد الزواج بعبـارة النساء فيشترطون أن يتولى عن المرأة وليها فى مباشرة عقد زوجها • نقد احتاط فقهاء المـذهب الحنفى فى الامر ووسعوا الدائرة التى تعتبر فيهـا الكفاءة فى الزواج ليجعلوا المجال فسيـحا للاولياء من عصبات الزوجـة فى الاعتراض على عقـد الزواج الذى تولت بنفسها انشاءه لكى يتمكنوا من أن يتداركوا ما عساه قد لحقهم من الضرر والعار فيما اذا كانت المرأة غير موفقة فى اختيار زوجها بأن كان غير كفء لها • أى أدنى منها حالا فيمـا تعتبر فيه الكفاءة بحيث أن تزوجها به يشينها ويلحق بها أو بأوليائها العـار فى العرف • لان الكـفاءة فى الزواج حق للمرأة ولاوليائهـا من العصبات حسب التفصيل المبين فى كتب الفقه • واذا تولت المرأة عقد زواجها بنفسها مع وجود ولى عاصب لها لم يرض قبل الزواج بغير الكفء فالكفاءة شرط لصحة هـذا العقد على رواية الحسن بن زياد وقد اختير ذلك للفتوى لمـا بين فى موضعه • وشرط لزوم على ظاهر الرواية فى المـذاهب • ومهما يكن الامر فى شأن الكفاءة وعـدها شرط صحـة أو شرط لزوم • فان مشايخ المذهب الحنفى قدصرحوا بأن الكفاءة معتبرة فى ستة أمور وهى : النسب • والاسلام • والحرية • والمال • والديانة ــ الصلاح والاستقامة ــ والحرفة• وقالوا ان الكفاءة فى النسب معتبرة بالنسبة للعرب لا بالنسبة للاعاجم• وعللوا ذلك بأن العرب يتفاخرون بالانساب ويجعلونها موضع تفاضلهم وتعايرهم و محل هجوهم ومـدحهم • فهم يحافظون على الانساب ويعتزون بهـا بخلاف الاعاجم • ولكن هـذه التفرقة بين العرب وغيرهم التى يقول بها فقهـاء

الحنفية فى الكفاءة فى النسب ليست واضحة ولا هى معقولة كما أن تعليلهم اعتبار الكفاءة فى النسب بين العرب وعدم اعتبارها بين الاعاجم بما ذكر • محل نظر ان لم تقل انه بعيد عن الصواب والواقع فهو على الاقل ليس تعليلا مقنعا • لان ملاك الامر فى الكفاءة بين الزوجين والاساس الذى بنيت عليه هو العرف ولم يثبت فى اعتبار الكفاءة فى النسب نص من الشارع لا من الكتاب ولا من السنة الصحيحة كما صرح بذلك الشوكانى فى نيل الاوطار • وحينئذ فلو وجد عند غير العرب اعتزاز بالانساب وتفاخر بها مثل العرب ووجدت منهم طبقات من الاشراف والنبلاء ذوى الاسر العريقة المحافظين على التقاليد القديمة الذين يأنفون من أن يصاهرهم من دونهم فى الحسب والنسب والمنزلة الاجتماعية — ويوجد كثيرون من هذه الطبقات فى أكثر الامم والشعوب — ينبغى أن تعتبر الكفاءة فى النسب بين الاعاجم اذا جرى عرفهم وعادتهم على الاعتزاز بالانساب والتفاخر بها قياسا على اعتبار العرف فى ذلك عند العرب • وفى « فتح القدير » : فاذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر الى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به «[١]» وفى المغنى لابن قدامة الحنبلى : فاذا اطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف «[٢]» وقد اعتبرت الكفاءة فى الزواج بين الزوجين لان عدمها يستدعى عارا ونقصا فى العرف • والغاية من الكفاءة حفظ أسرة الزوجة من أن ينتسب اليها بالمصاهرة من لايساويها فى المكانة الاجتماعية • فيلحق بها عارا ومنقصة فى عرف الاوساط والبيئات والمجتمعات • وقد أحسن الاستاذ الجليل أحمد ابراهيم رحمه الله فى قوله : ما دام المقصود من اعتبار الكفاءة صيانة المرأة وأوليائها من عار الزوج • ومنع الفتنة الناشئة عن ذلك • ومناط ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس الاجتماعية • ينبغى ترك الامور التى تعتبر فيها الكفاءة لعرف الناس فى كل زمان ومكان «[٣]» •

---

(١) ج ٣ ص ١٩٨ •
(٢) ج٧ ص ٣٧٥ •
(٣) أحكام الاحوال الشخصية ص ١٠١ •

وكون العرف هو المدار فى الكفاءة يظهر بشكل واضح جلى فى اعتبارها فى الحرفة والصنعة . ومعنى الكفاءة فى ذلك أن الرجل اذا كان صاحب حرفة خسيسة لايكون كفئا لامرأة أبوها صاحب حرفة شريفة . ومرد كون الحرفة شريفة أو غير شريفة هو العرف وهذا يختلف باختلاف الزمان والبلدان . فرب حرفة شريفة فى بلد تعد خسيسة فى بلد آخر يعير بها صاحبها . وقد تتغير صفة الحرفة بتغير الزمان . فتصبح الصنعة النفيسة خسيسة . والخسيسة نفيسة . وقد تعد دناءة الحرفة منقصة فى عصر فيعير بها صاحبها وقد لاتعد كذلك فى عصر آخر فلا يعير بها صاحبها . وقد علل صاحب الهداية اعتبار الكفاءة فى الحرفة بان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها .

ثم ان الكفاءة تعتبر من جانب الزوج فقط فاذا لم يكن دون زوجته فى الامور التى تعتبر فيها الكفاءة حصل التكافؤ بينهما . ولاتعتبر من جانب الزوجة . فلو كانت أدنى منه حالا ومنزلة فيما تعتبر فيه الكفاءة لا تعتبر الكفاءة منتفية بينهما . والمناط فى هذا العرف . فقد جرى عرف الناس المستمر على أن الزوج لا يعير اذا كانت زوجته دونه فى المكانة الاجتماعية بل يرفع شأنها ويعلى من مقامها ولذا قيل فى الامثال العامية : امرأة الامير أميرة ولو كانت حقيرة . بخلاف المرأة فانها تعير هى وأولياؤها بالتزوج ممن دونها . ولا ترفع زوجها الى منزلتها الاجتماعية بحسب جريان العرف والعادة . اختلف علماء الحنفية فيما اذا وكل الرجل غيره فى أن يزوجه توكيلا مطلقا غير مقيد بامرأة معينة ولا بمهر معلوم . فزوجه الوكيل بامرأة يحل للموكل أن يتزوجها . هل ينفذ عقد هذا الزواج على الموكل بدون توقف على اجازته لو كانت المرأة غير مكافئة له وغير سليمة من العيوب والعاهات . أو لو كان المهر أكثر من مهر المثل بما لايتغابن فيه الناس . فذهب الامام أبو حنيفة الى أن الزواج نافذ على الموكل بدون توقف على اجازته حيث ان التوكيل بالزواج مطلق فيتناول أية امرأة وأى مهر كما هو مقتضى الاطلاق . فلم يخرج الموكل عن حدود التوكيل . فيكون تصرفه

نافذا على الموكل لعدم مخالفتــه فيما وكل فيه . وذهب الصــاحبان الى اشتراط كفاءة المرأة وسلامتها من العيوب والىاشتراط كون مهرها ألايزيد عن مهر مثلها بغبن فاحش . لنفاذ عقد الزواج على الموكل بدون توقف على اجازته . لان التوكيل المطلق ينصرف الى المتعارف بين الناس وهو الزواج من امرأة تناســبه وتكافئه وسليمة من العيوب وبمهر المثــل . فالتوكيل بالزواج وان كان مطلقا بحسب الصورة واللفظ الا أنه مقيــد فى المعنى بدلالة العرف حيث ان المتعارف بين الناس أن من يطلب الزواج انما يريد التزوج من امرأة مناسبة له سليمة من العيوب على مهر أمثالها . ولما كان الشخص قد يعجز عن أن يحقق بنفسه مثل هذا الزواج . فقد جرى العرف بأن يوكل غيره ليستعين به فى الحصول على مثل هــذا الزواج اذ لايعجز أحد من التزوج بأية امرأة وعلى أى مهر . فيكون التوكيل المطلق مقيــدا بما ذكر عملا بالعرف الجارى بين النــاس والمختار فى المذهب هــو رأى الصاحبين وعليه العمل والفتوى .

أثر العرف فيما يقع به الطلاق

الالفاظ التى غلب استعمالها لانشاء الطلاق فى متفاهم الناس وعرفهم تكون صريحــة فى الطلاق ويقع بهــا بدلالة العرف بدون حاجة الى نيــة الطلاق . فمن هذه الالفاظ قول الرجل لزوجته : انت محرمة . أو أنتعلى حرام . أو حرمتك على نفسى . وقــد أفتى المتأخرون من فقهــاء المذهب الحنفى بانه يقع بهذه الالفاظ طلقــة واحدة بائنة بدون حاجة الى نيــة الطلاق . وانما لم يحتج فيها الى نية لوقوعه لانها من صريح الطلاق بطريق العرف حيث لايقصد فى متعارف الناس عند اطلاق هذه الالفاظ الا الطلاق وانما وقع بها الطلاق البائن مع أن الناس فى متعارفهم استعمالهذه الالفاظ فى الطلاق لايميزون بين الطلاق الرجعى والطلاق البائن . لكون الطــلاق البائن مقتضى لفظ الحرام وموجبه . لان الطلاق الرجعى لايحرم الزوجة مادامت فى العدة والطلاق الذى يفيد تحريمها هو الطلاق البــائن اذ هو

الذى يزيل الحل فى الحال عقب الطلاق مباشرة بخلاف الطلاق الرجعى فان الزوجية لاتزال قائمة بعده كما كانت قبل حصول الطلاق وايقاعه مادامت المطلقة طلاقا رجعيا لاتزال فى العدة . واذا لم يتعارف الناس استعمال هذه الالفاظ فى الطلاق لايقع بها الطلاق الا بالنية لانها فى هذه الحالة من كنايات الطلاق لا من صريحه لكونها تحتمل الطــلاق وغيره . فالعرف هو المرجع والاساس فى وقوع الطلاق بهــذه الالفاظ وأمثالها بدون حاجة الى نيــة الطلاق أو بشرط نيته .

ولو قال الرجل : « كل حل على حرام » فعلى رأى القدامى من فقهاء الحنفية ينصرف هذا الكلام الى الطعــام والشراب ويحمل على ذلك لان هــذه الجملة تستعمل فيما يتنــاول عادة وهو المعنى اللغوى لهــا . وفى « الهداية » : هذا جواب ظاهر الرواية . ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير قرينة لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى «١» . وقال مشايخ بلخ : وقول محمد بعدم وقوع الطلاق بهــذه الصيغة الا اذا نوى الطــلاق على عرف ديارهم أما فى عرف بلادنا فيريدون بهــا الطلاق فتحمل عليه ولا يحتــاج الى نية الطلاق لغلبة الاستعمال ودلالة العرف «٢» . ويقول الكمال بن الهمام فى الفتح : والحاصل ان المعتبر فى انصراف هذه الالفاظ عربية أو فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه «٣» وفى « الدر المختار » : ومن الالفــاظ المستعملة فى الطلاق : الطلاق يلزمنى . والحرام يلزمنى . وعلى الطلاق . وعلى الحرام . فيقع بلا نيــة للعرف . وفى « رد المحتار » تعليقــا وشرحا لكلام صاحب الدر المذكور : وانما كان ماذكره صريحا لانه صار فاشيا فى العرف فى استعمال الطلاق ... وقــد مر أن الصريح ماغلب استعماله فى الطلاق بحيث لايستعمل عرفا الا فيه من أية لغة كانت وهذا فى عرف زماننا كذلك فوجب اعتباره صريحا كمــا أفتى المتاخرون فى « أنت على حرام » بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية «٤» ويقول شهاب الدين القرافى المالكى فى

---

(١) ج ٤ ص ٣٧٣ ــ ٣٧٤ (٢) رســالة العرف ١٢٦ (٣) ج ٤ ص ٣٧٤ طبع الحلبى (٤) ج ٢ ص ٤٦٩

كتابه « الاحكام » عندبيانه الاحكام التى مدركها العرف والعادة : الحكم الثالث ماوقع فى المدونة اذا قال لامرأته أنت على حرام . أو خلية . أو برية. أو وهبتك لاهلك . يلزم الطلاق الثلاث اذا كانت مدخولا بها وهذا بناء على أن هذا اللفظ فى عرف الاستعمال اشتهر فى ازالة العصمة واشتهر فى العدد الذى هو الثلاث ثم قال : فانت تعلم أنك لاتجد النـاس يستعملون هذه الصيغة المتقدمة فى ذلك بل تمضى الاعمار ولا يسمع أحد يقول لامرأته اذا أراد أن يطلقها : أنت خليـة . ولا وهبتك لاهلك ولاتستعمل هـذه الالفاظ فى ازالة العصمة ولا فى عدد طلقـات . فالعرف حينئذ فى هـذه الالفاظ منفى قطعا . واذا انتفى العرف لم يبق الا اللغة ولم توضع هـذه الالفاظ لغة لهـذه المعانى التى قررها مالك فى المدونة واذا لم تفد هـذه الالفاظ لغة ولا عرفا هذه المعانى فهذه الاحكام حينئذ بلا مستند والفتيا بغير مستند باطلة اجماعا نعم لفظ « الحرام » فى عرفنا اليوم لازالة العصمة خاصة دون عددها وهى مشتهرة فى ذلك «[١]» (باختصار وحذف) .

وهذه النصوص الفقهية من أقوال فقهاء الشريعة الاسـلامية لاتترك مجالا للشك بأن للعرف المكان الاول فيما يقع به الطلاق من الالفاظ وفى عد هذه الالفاظ واعتبارها من صريح الطلاق فيقع بها الطلاق بدون حاجة الى نية وقوعه بدلالة العرف والاستعمال أو من كناياته فلا يقع بها الطلاق الا بالنية لكونها تحتمل الطلاق وغيره والذى يعين ارادة الطلاق منها مع الاحتمال هو النية . كما بان من هذه النقول التى نقلناها أوضح بيان مدى اعتبار علماء الفقـه الاسلامى للعرف ومبلغ اعتمادهم عليه فيما يعـد من الفاظ الطلاق وما لايعد منها .

وفى الفروق للقرافى : الاحكام المترتبة على العوائد ــ العادات ــ تدور معها كيفما دارت وتبطل معها اذا بطلت ... وعلى هـذه القاعدة تتخرج أيمان الطلاق وصيغ الصرائح والكنايات فقد يصير الصريح كناية يفتقر الى النية وقد تصير الكناية صريحا مستغنية عن النية «[٢]» .

---

(١) ص ٦٩ ــ ٧٠ (٢)ج ١ ص ١٧٦ وما بعدها .

الأيمان مبنية على العرف

الاصل المقرر فقها أن الأيمان مبنية على العرف لا على اللغة والشرع فاذا استعمل الحالف لفظا له معنى لغوى أو معنى شرعى وكان فى العرف له معنى آخر يراد به معناه العرفى «[١]» ولا يراد ما يطلق عليه حقيقة بحسب اللغة لان العبرة فى الحلف واليمين بالعرف والعادة لا بمدلول اللفظ ومايطلق عليه لغة أو شرعا . لان العرف اصطلاح طارىء على حقيقة اللغة واستعمال الشارع . وكل حالف انما يريد عرفه وعادته فيحمل كلامه على ذلك .

والكلام فى اليمين من ناحيتين (١) المحلوف به (٢) المحلوف عليه . فاما مايحلف به فهو لفظ الجلالة أو اسم من اسمائه تعالى أو صفة من صفاته . ومجمل القول فى ذلك على ما بينه فقهاء الحنفية : أن الحلف باسم من أسماء الله تعالى سواء ورد النص من الشارع بالحلف به أو لم يرد . وسواء تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارفوه . يكون يمينا وقسما بدون فرق بين أن يكون الاسم خاصا بالله سبحانه وتعالى لايشاركه فى التسمية به أحد . كالله والرحمن أو كان غير خاص بذاته تعالى كالعليم والعزيز وهذا هو الصحيح والظاهر من المذهب . لان الغرض من الحلف تقوية عزم الحالف على الفعل أو الترك وهذا حاصل بالحلف باسمائه تعالى الخاصة وغير الخاصة به . وأن الحلف بصفة من صفاته تعالى يكون يمينا ان جرى العرف بين الناس على الحلف بها كعزة الله وجلاله وكبريائه . وان لم يجر العرف على الحلف بها لايكون يمينا كعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته . سواء كانت الصفة صفة ذات أو صفة فعل . فالاولى مايوصف بها سبحانه وتعالى ولا يجوز أن يوصف بضدها كالقدرة والعزة والجلال والكبرياء . والثانية مايوصف بها سبحانه وتعالى ويجوز أن يوصف بضدها كالرحمة والغضب فانه يجوز أن يقال : رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب الله على اليهود ورضى عن المسلمين . لان الايمان مبنية

---

(١) رسالة « رفع الانتقاض » من مجموعة رسائل ابن عابدين ص ٣٠٠ .

على العرف . ولافرق فى ذلك بين ما لايحتمل غير الصفة كالجلال والكبرياء . وبين مايحتمل الصفة وغيرها . كالقدرة والعلم . اذ يجوز أن يراد بالقدرة المقدور وبالعلم المعلوم . كما يقال فى الدعاء : اللهم اغفر علمك فينا أى معلومك . وقيل ان ما لايحتمل غير الصفة يكون يمينا وان لم يجر العرف بين الناس بالحلف به . وأما مايحتمل الصفة وغيرها فلا يكون يمينا الا اذا نواها أو وجد عرف بالحلف به .

وفى « المبسوط » للسرخسى : وأما الحلف بالصفات فالعراقيون من مشايخنا يقولون : الحلف بصفات الذات كالقدرة والعزة يمين . والحلف بصفات الفعل كالرحمة والغضب لايكون يمينا .. ثم قال : والاصح أن تقول : الايمان مبنية على العرف والعادة . فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا وما لم يتعارف الحلف به لايكون يمينا . والحلف بقدرة الله تعالى وكبريائه وعظمته . متعارف فيما بين الناس وبرحمته وغضبه غير متعارف فلهذا لم يجعل قوله : وعلم الله يمنا «[1]» .

وأما اليمين من حيث المحلوف عليه فانه يراعى فى ذلك العرف لان اليمين لاتعدو أن يكون ارادة للحالف فى تقوية عزمه على فعل شىء أو تركه يعبر عنها باللفظ المتعارف عنده بحسب لغته وبيئته فيحمل لفظه فى اليمين على عرفه وعادته فى خطابه ولغته التى يتكلم بها .

ويتفرع على قاعدة بناء الايمان على العرف مسائل من الايمان لاتعد كثرة ولا يمكن حصرها واستقصاؤها وسنذكر بعضا منها :

(١) اذا حلف الشخص لا يأكل لحما فأكل سمكا طريا أو مالحا لم يحنث فى يمينه . لان فى عرف الناس لايسمى السمك لحما ولايستعمل استعمال اللحم مع أنه ورد فى القرآن تسميته لحما فقال تعالى : وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا «[2]» لان الاصل فى اليمين هو العرف فلا تبنى على الفاظ القرآن .

---

(١) ج ٨ ص ١٢٣
(٢) سورة النحل رقم ١٤

(٢) لو حلف لايدخل بيتا فدخل الكعبة المشرفة أو دخل مسجدا من المساجد لم يحنث فى يمينه لان اسم البيت فى متفاهم النــاس ومتعارفهم لايطلق على الكعبة ولا على المسجد لان البيت فى عرف الناس اسم للموضع المعد للبيتوتة فيه ، مع أن الله تعالى أطلق لفظ البيت على الكعبة وسمى المساجد بيوتا ، قال تعالى : ان أول بيت وضع للناس للذى ببكة مباركا وهدى للعالمين «١» وقال تعالى : فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيهـا اسمه «٢» لما تقرر أن العبرة للعرف لا لألفاظ الشرع والقرآن فى مســائل اليمين ،

(٣) لو حلف لايأكل بيضا ، فأكل بيض السمك لايحنث مع أنه يطلق عليه لغة اسم البيض حملا على مايطلق عليــه اسم البيض فى العرف لا فى اللغة، الا أن يكون الحالف قد نوى بيض السمك فحينئــذ يحنث بأكله معاملة له بنيته ، واللفظ يتناوله لغة فيصح قصده وارادته منه ،

(٤) لو حلف لايسكن بيتا ولا نية له ، فسكن خيمة فان كان الحالف من أهل المدن والامصار ، لم يحنث وان كان من أهل البادية يحنث ، حملا للفظ على مقصود الحالف بيمينه حسب عرفه وعادة أهله وبيئته ، حيث أن اليمين تتقيــد بالمتعارف من كلام الحــالف ، فلما كانت عادة أهل المــدن والامصار جارية على أنهم يسكنون البيوت المبنية فلا يحنث الحضرى اذا سكن الخيمة ، وعادة أهل البادية جارية على أنهم يسكنون الخيم ، فيحنث البدوى اذا سكن الخيمة ، لان هذا مراده ومقصوده بحسب عرفه فيعامل كل بالمتعارف فى متفاهم بيئته وأهله ، وروى أن رجلا ســأل ابن مسعود رضى الله عنه وقيل ابن عمر رضى الله عنه فقال : ان صاحبا لنا أوجب بدنة ــ ناقة أو بقــرة تنحر للتقرب الى الله تعــالى سميت بذلك لانهم كانوا يسمنونها ومنــه قولهم : أراك أضعف الســدنة وأنت فى قد البــدنة ــ

(١) الاية ٩٦ من سورة آل عمران .
(٢) الاية ٣٦ من سورة النور .

أفتجزيه البقرة . فقال ابن مسعود : ممن صاحبكم . فقال من بنى رباح . فقال : ومتى اقتنت بنو رباح البقر انما وهم (قصد ووقع فى خلده) صاحبكم الابل .

(٥) يمين الفور كما اذا دعا شخص آخر الى الغداء وقال له : تغد معى . فرد قائلا : والله لا أتغدى فانه يمين تتقيد بالغداء المدعو اليه . لان هذا هو المراد والمقصود من هذا الكلام فى متفاهم الناس ومتعارفهم. فالكلام مؤبد لفظا ومؤقت معنى من حيث مدلوله العرفى لا الحرفى ويقول السرخسى : ان هذا النوع من اليمين سبق به أبو حنيفة ولم يسبق به «[١]».

وقد نص فقهاء الحنفية على أن من حلف على ترك الغداء أو العشاء تعتبر عادة أهل كل بلدة فى حقهم حتى أن المصرى الحضرى لو حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث وأن البدوى يحنث لانه غذاء أهل البادية «[٢]» .

(٦) لو حلف قائلا : والله لا أضع قدمى فى دار فلان . فالمعنى الاصلى اللغوى لهذه الجملة عدم وضع القدم . وهذا المدلول اللغوى لهذه الجملة لاينصرف اليه كلام الحالف . لانه أصبح مهجورا غير مراد بحسب العرف. لان هذه الجملة صار معناها العرفى عدم الدخول . فأصبحت حقيقة عرفية لهذا المعنى . فلو دخل الحالف الدار ماشيا أو راكبا يحنث فى يمينه . ولو وضع قدمه فيها من غير أن يدخلها بأن اضطجع خارجها ووضع رجله فيها لايكون حانثا .

وذكر عن الامام محمد أنه قال سألنى هارون ــ الرشيد ــ عمن حلف لايكتب الى فلان فأمر أن يكتب اليه بايماء أو اشارة هل يحنث ؟ . فقلت : نعم . اذا كان مثلك يا أمير المؤمنين . ويقول السرخسى : وهذا صحيح لان السلطان لايكتب بنفسه عادة انما يأمر به غيره ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة «[٣]» .

(١) ج ٨ ص ١٣١
(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨
(٣) كتاب المبسوط ج ٩ ص ٢٣

وفى « أعلام الموقعين » لابن القيم : مما يتغير به الفتوى لتغير العرف والعادة موجبات الايمان ... فمن ذلك أن الحالف اذا حلف : لا ركبت دابة وكان فى بلد عرفهم فى لفظ الدابة : الحمار خاصة اختصت يمينه به ولا يحنث بركوب الفرس ولا الجمل . وان كان عرفهم فى لفظ الدابة : الفرس خاصة حملت يمينه عليها دون الحمار . وكذلك ان كان الحالف من عادته ركوب نوع خاص من الدواب كالامراء ومن جرى مجراهم . حملت يمينه على ما اعتاده من ركوب الدواب . فيفتى فى كل بلد بحسب عرف أهله ويفتى كل أحد بحسب عادته . ثم يقول بعد كلام طويل : فاياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه فتجنى عليه وعلى الشريعة وتنسب اليها ماهى بريئه منه . وتلزم الحالف والمقر والناذر والعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله به . ففقيه النفس يقول : ما أردت . ونصف الفقيه يقول : ما قلت «[1]» .

ونكتفى بهذا القدر من الامثلة من مسائل الايمان فانها تعطى فكرة واضحة وتدل دلالة صريحة على أن المعول عليه فى أحكام مسائل اليمين انما هو عرف الناس وعاداتهم فى ايمانهم . وعلى أن العرف هو المدرك للفقيه وهو المرجع للمفتى فى معرفة أحكام جزئياتها . فيعتبر عرف الحالف اذا كان له عرف خاص به كالملوك ومن جرى مجراهم وتحمل يمينه على المتعارف عنده . واذا لم يكن له عرف خاص به يراعى فى يمينه عرف أهل بلده وبيئته . ومن هذا واقعة الفتوى للعلامة المحقق الكمال بن الهمام. وهى لو أن بدويا اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لايأكل الا خبز الشعير . فحلف لايأكل خبزا فقد أفتى انه ينعقد الحلف على عرف نفسه فيحنث بأكل خبز الشعير ولا يحنث بأكل خبز الحنطة لانه لم ينعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصرف كلامه اليه لذلك وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم «[2]» .

---

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ٤٣ وما بعدها .
(٢) فتح القدير على الهداية ج ٤ ص ٤٠٣

الاحتكام الى العرف فى معرفة الأحكام

المسائل الفقهية التى بنيت أحكامها على العرف المألوف بين النـــاس وعلى التعامل المتعـــارف بينهم بلغت من الكثرة مالا يتيسر حصرها وحدها ولايتيسر استقصاؤها وعدها ٠ وسنذكر بعضا من تلك المسائل التى كان العرف هو المدرك والمستند للفقهـــاء فيما وضعوا لها من أحكام شرعيـــة سواء كانت موضوعاتها مما تدخل فى باب المعاملات أو العقوبات أو ممـــا تنتظم فى مباحث الاحوال الشخصية فى الفقه الاسلامى :

فمن تلك المسائل ٠ ما يدخل فى البيع تبعا وما لايدخل فيه ٠ فالمعول عليه فى ذلك انما هو العرف ٠ والقاعدة فى ذلك أن كل ماجرى عليه العرف بأنه من مشتملات المبيع فانه يدخل فى البيع تبعا بدون ذكره وبغـــير نص عليه فى العقـــد ٠ فكل ما يتناول اسم المبيع عرفا يدخل فى البيع وان لم يتعرض العاقدان لذكره ٠ وما لم يجر العرف والعادة بذلك لايدخل فى البيع الا اذا كان متصلا بالمبيع اتصـــال قرار ٠ والمعتبر فى كل اقليم عرف أهله وماجرى به تعاملهم ٠ فيدخل فى بيع الدار المطبخ والكيلار ولا يدخل فى بيعها الاوانى والاثاث ٠

(ومنهـــا) أن ثمن المبيـــع اذا كان مطلقـــا بأن عين مقـــدار النقد دون وصفه ٠ ووجدت أنواع من النقود مختلفة فى المالية والرواج أو مختلفة فى أحدهما دون الاخر ٠ انصرف الثمن المطلق الى الاروج من النقود عملا بالعرف ٠ وتفصيل هذه المسألة : ان الثمن فى البيع اذا كان نوعا معينا من النقود كالجنيه المصرى فالواجب هو المسمى المعين فى عقـــد البيع ٠ وان أطلق الثمن بأن عين قدره دون وصفه كما اذا اشترى شخص دارا بخمسة آلاف جنيه ٠ فان لم يكن فى البلد الذى حصل فيه عقد البيع الانوع واحـــد من الجنيهات تعين ثمنا للمبيع ٠ اذ المطلق ينصرف اليـــه حيث لايوجد غيره فلا يؤدى الى المنازعة بين المتعاقدين ٠ وان وجدت منه أنواع كالجنيه المصرى والعثمانى والانجليزى ٠ فاما أن تـــكون الانواع متساوية فى المالية والرواج أو مختلفة فيهما أو متساوية فى المالية دون الرواج

أو بالعكس • ويفسد البيع فى صورة واحدة من هذه الصور • وهى ما اذا كان الاختلاف فى المالية دون الرواج اذ لايمكن حمل الثمن المطلق فى هذه الحالة وصرفه الى نوع بعينه دون غيره لما يلزم عليه من ترجيح أحد الانواع المتساوية على الاخر بدون مرجح • فيكون تعيين أحدهما تحكما محضا • وحيث لايمكن حمل مطلق الثمن على نوع معين وجدت الجهالة المفضية الى الخلاف والنزاع بين المتعاقدين لان البائع يريد أن يأخذ الاكثر قيمة والمشترى يأبى الا أن يدفع الاقل قيمة • فلا يتحقق المقصود من مشروعية العقد وهو دفع حاجة العاقدين بلا منازعة بينهما • ويكون البيع صحيحا فى الصور الباقية • وهى ما اذا كانت أنواع النقود متساوية فى المالية والرواج وفى هذه الصورة يدفع المشترى أى نوع منها • واذا تمسك البائع بنوع معين منها لايلتفت اليه ويكون تشبثه وتمسكه به مجرد تعنت وعناد لامبرر له اذ لافضل ولا مزية لنوع منها على آخر حيث أن الانواع متساوية فى المالية والرواج والاختلاف فى الاسم لاقيمة له ولا اعتبار به• وما اذا كانت النقود مختلفة فى المالية والرواج معا • وما اذا كانت مختلفة فى أحدها دون الاخر • ففى هاتين الصورتين يتعين النوع الاروج ثمنا للبيع فيحمل الثمن المطلق عليه بدلالة العرف وفى تبيين الحقائق الزيلعى : أن مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد وينصرف الى التعامل به فى بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص «[1]» •

(ومنها) معرفة العيوب فى المبيع وتقديرها • المقرر أن عقد البيع المطلق بدون قيد البراءة من العيوب فى المبيع وبلا ذكر أنه معيب يقتضى سلامته وخلوه من العيوب • لان ذلك هو الاصل المتعارف بين الناس وجرى به تعاملهم فى عقود البيع • فكأنه اشترط فى العقد كون المبيع سالما من العيوب وخاليا منها • لان المعروف عرفا كالمشروط لفظا • فاذا اطلع المشترى بعد قبض المبيع وتسلمه على عيب فيه لم يكن قد رآه عند انشاء العقد أو وقت القبض أو رآه ولم يعلم انه عيب فى عرف التجار

---

(١) ج ص ٥

وأرباب الخبرة . فله الخيار ان شاء أخذه بكل الثمن وان شـاء رده الى بائعه واسترد منه الثمن كاملا غـير منقوص . اذا توافرت الشروط التى ذكرها الفقهاء لثبوت خيار العيب للمشترى . وانما ثبت له حق الرد على البائع فى هذه الحالة لكى لايلحقـه ضرر بالزامه بأخذ شىء لم يرض به . والمحور الذى تدور عليه العقود على اختلاف أنواعها وتفاوت درجاتها . هذا التراضى بين المتعاقدين . وأيضا فان البائع حيث لم يبين للمشترى مافى المبيع من عيب كان ذلك تغريرا للمشترى وكل بيع فيه غرر وتغرير ممنوع وحرام شرعا . وفى الشرح الكبير : يثبت خيار العيب للمشترى بالعيوب الموجبة لنقص المالية فى عادات التجـار لان المبيع انما صار محلا للعقـد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصا فيها يكون عيبا . والمرجع فى ذلك الى العادة فى عرف التجار «[1]» .

والمعول عليه والمرجع فى معرفة العيب وتقديره العرف والعادة . فكل ما أوجب نقصان القيمة فى عرف أهل الخبرة من التجار وأرباب الصناعات اذا كان المبيع من المصنوعات . فهو عيب يرد به المبيع الى بائعه . فعيوب المجوهرات يعرفها الصياغ الخبراء . وعيوب أسلحة الحرب وعددها على اختلاف أجناسها وأنواعها . انما يعرفهـا ويقدرها أهل الخبرة بهـا من صناعها وتجارها ورجال الحرب الفنيون فى الاسلحة والالات الحربية . وخبراء القطن هم الذين يعرفون عيوب القطن ويقدرونها . وهكذا فى كل مبيع يرجع فى معرفة مافيـه من عيب الى الخبراء فيـه . فاذا ماقرروا أن بالمبيع عيبا يستوجب نقص الثمن فى عرف الناس وتعاملهم يثبت للمشترى حق رده الى البائع واسترداد ما دفعه اليه من الثمن .

واذا كان المبيع من الحبوب كالقمح والشعير والسمسم ووجد المشترى بعض المبيع فاسدا غير صالح . فان كان الفاسد لايستكثر فى العادة والعرف فالبيع صحيح لازم ولايكون للمشترى حق رده الى البائع اذ قلما تخلو هذه الاشياء عن كون بعضها غير صالح فلا يمكن الاحتراز عن ذلك فمرد

---

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٨٥

الامر ومرجعه فيما يعد قليلا أو كثيرا من التراب فى الحبوب أو الفاسد من البيض والجوز هو العرف .

واذا لم يبين فى عقد البيع أن الثمن مؤجل أو معجل انعقد البيع على أن الثمن معجل فيجب دفع الثمن فى الحال . لان مقتضى العقد المطلق الذى لم يشترط فيه تأجيل الثمن أن يكون الثمن معجلا حيث ان المشترى استوفى حقه فى قبض المبيع وتسلمه فيستوفى البائع حقه فى أخذ الثمن . هذا اذا لم يوجد عرف للعاقدين يقضى بتأجيل كل الثمن أو بعضه الى أجل معلوم . وأما اذا كان العرف جاريا على تأجيل كل الثمن أو تأجيل بعضه فانه يعمل بموجب العرف والعادة فى ذلك «١» .

وقد ذكر القرافى فى « الفروق » عند بيانه الفرق بين قاعدة ما يتبع العقد عرفا وقاعدة ما لايتبعه، جملة من العقود التى تتأثر بالعرف ومقدار أثره فى الفاظها . وبين أن عقد الشركة يحمل على المناصفة حيث كان مطلقا . وان فى بيع الارض تدخل الاشجار والبناء . وفى بيع الدار تدخل الابواب والرفوف والسلالم وماهو من مصالحها ومرافقها . وفى بيع المرابحة والوضيعة يحسب من أصل الثمن كل صنعة قائمة كالصبغ والخياطة والتطريز اذا كان مايراد بيعه مرابحة ثوبا . ثم قال بعد ذكره هذه المسائل وغيرها : وهذا الكلام مع بقية تفاريع هذا الباب كلها مبنية على العادات . فجميع هذه المسائل وهذه الابواب التى سردتها مبنية على العادات غير مسألة الثمار المؤبرة بسبب أن مدركها النص والقياس وما عداها مدركه العرف والعادة . فاذا تغيرت أو بطلت بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتوى بها لعدم مدركها فتأمل ذلك . بل تتبع الفتاوى هذه العادات كيف تقلبت كما تتبع النقود فى كل عصر وحين . وتعيين المنفعة من الاعيان المستأجرة اذا سكت عنها تنصرف بالعادة للمنفعة المقصودة منها

---

(١) المادة ٢٥١ من احكام المجلة العدلية . ونشر العرف ص ١٣٣

عادة «١» .

(ومنها) تقدير النفقة . فقد أوجب الكتاب والسنة نفقة الزوجة على زوجها . وترك أمر تقديرها فى الحوادث الجزئية والوقائع الفردية الى المتعارف بين الناس والمألوف لديهم فى النفقات . لان النصوص الشرعية التى أثبتت وجوب النفقة الزوجية على الزوج كقوله تعالى : والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف «٢» . وقوله عليه الصلاة والسلام : اتقوا الله فى النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف . رواه الامام مسلم فى صحيحه . وردت مطلقة من غير تقييد فلم تتعرض لبيان مقدارها ولا كيفية تقديرها . فيرشد ذلك الى أن تقدير النفقة الزوجية فى كل واقعة بما يناسب حال الزوجين يسرا وعسرا وتوسطا بينهما أو بما يناسب حال الزوج فيما ذكر على اختلاف الفقهاء فيمن تراعى حاله عند تقدير النفقة الزوجية . متروك الى العرف بين الناس . فتقدير النفقة يراعى فيه المتعارف بين الناس فى الانفاق على أهليهم . وهذا يختلف باختلاف الاشخاص والازمان والاماكن .

وقد نص فقهاء الحنفية على أن النفقة واجبة بطريق الكفاية . وماوجب كفاية لايتقدر شرعا فى نفسه . لانه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الاوقات والاماكن . فيقدر بالمعروف بين الناس وهو القدر الذى عرف بالعادة انه الكفاية «٣» . وفى كتاب المغنى لابن قدامة الحنبلى: ان الشرع ورد بالانفاق مطلقا من غير تقييد ولا تقدير . فوجب أن يرد الى العرف «٤» وفى الشرح الكبير على متن المقنع : والصحيح رد النفقة المطلقة فى الشرع الى العرف فيما بين الناس فى نفقاتهم فى حق الموسر والمعسر والمتوسط «٥» ويقول الكمال بن الهمام فى باب النفقة من كتابه

(١) ج ٣ ص ٨٧ــ٨٨ (٢) البقرة الاية رقم ٢٣٣ (٣) المبسوط ج ٥ ص ١٨٢
(٤) ج ٩ ص ٢٣٢ (٥) ج ٩ ص ٢٣٤

« فتح القدير على الهداية » : والحاصل أن على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض فى كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والاعسار «[١]» وفى « أحكام القرآن » لابن العربى : قول الله تعالى : لينفق ذو سعة من سعته . يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعا . وانما تقدر عادة بحسب الحالة من المنفق والحالةمن المنفق‌عليه . فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة . ثم يقول : قد بينا أن الانفاق ليس له تقدير شرعا وانما أحاله سبحانه وتعالى على العادة . وهى دليل أصولى بنى الله عليه الاحكام وربط به الحلال والحرام «[٢]» .

ثم ان اليسار والاعسار مما يختلف باختلاف البلاد فقد يعد رجل فى بلد ذا يسار . ولا يعد كذلك فى بلد آخر . ولم يصرح الفقهاء ببيان اليسار والاعسار فى باب النفقة الزوجية . وربما تركوا تقديرهما الى العرف . وفى « رد المحتار » : صرحوا ببيان اليسار والاعسار فى نفقة الاقارب ولم أر من عرفهما فى نفقة الزوجة . ولعلهم وكلوا ذلك الى العرف «[٣]» .

(ومنها) الكفاءة فى الزواج فان المناط فيما تعتبر فيه الكفاءة بين الزوجين انما هو العرف وكذا اعتبارها من جهة الزوج دون الزوجة (الا فيما استثنى من الحالات التى تعتبر فيها الكفاءة أيضا من جانب الزوجة) فان مدار ذلك كله العرف كما هو صريح أقوال الفقهاء على الوجه الذى سلف بيانه .

(ومنها) اذا اختلف الزوجان فى أثاث المنزل الذى يسكنان فيه سواء كان المنزل ملكا لهما أو لاحدهما أو ليس ملكا لاحدهما . فادعى الزوج أن متاع البيت ملكه . وادعت الزوجة أنه ملكها . ولا بينة ولا اثبات لاحدهما على مايدعيه . فانه يرجع الى العرف فمن شهد له العرف يقضى

---

(١) ج ٤ ص ١٩٥ (٢) ج ٢ ص ٢٧٠ (٣) ج ٢ ص ٧٠١

له مع يمينه لان الظاهر يؤيده بشهادة العرف فما يصلح من الاثاث للرجال عرفا كالثياب الخاصة بالرجال وكأدوات العيادة أو آلات الرسم والزوج طبيب أو مهندس يكون القول قوله مع يمينه لان العرف يشهد له فيحكم له بذلك . وما يصلح للنساء فقط كالحلى وأدوات زينة النساء والثياب الخاصة بهن يحكم لها بذلك بدلالة العرف والعادة . وأما اذا كانت أعيان أثاث البيت مما يصلح للرجال والنساء كالاوانى والكراسى والسرر والابسطة وغير ذلك من الاشياء الصالحة للرجال والنساء . فقد اختلف فقهاء الحنفية فيمن يكون له القول فى ذلك . فرأى الطرفين أن القول للزوج بيمينه لان المسكن مسكنه . وكل ما فيه تحت يده المتصرفة وهذا ظاهر يؤيده ويشهد له فيحكم له بالاشياء الصالحة لهما . ورأى أبى يوسف أن القول للمرأة فى مقدار ما يجهز به مثلها عادة من هذه الاعيان الصالحة لهما عملا بالعرف والعادة اذ العرف الجارى بين الناس فى الاعم الاغلب من الحالات الا تنتقل الزوجة الى مسكن الزوجية بدون جهاز . وأما ما زاد عن مقدار ماتجهز به فى العادةفيكون القول فيه للزوج عملا باليد المتصرفة. ورأى أبى يوسف فى هذه المسألة جدير بالاعتبار تؤيده العادة المستمرة بين الناس فى أن الزوجة لا تزف الى زوجها ولا تدخل بيت الزوج خالية الوفاض عما جرت العادة بتجهيز أمثالها . وأبو يوسف شيخ القضاة فى عصره وقد خبرأحوال الناس وعاداتهم ومارس من أعمال القضاء والفصل فى المنازعات والخصومات مايجعل لرأيه فى أمثال هذه المسألة المكان الاول من الاعتبار . وفى الفروق للقرافى عند الكلام فى الفرق الستين والمائة : قال مالك فى المدونة اذا اختلفا وهما زوجان أو عند الطلاق . أو الورثة بعد الموت . قضى للمرأة بما هو شأن النساء وللرجل بما هو شأن الرجال . وما يصلح لهما قضى به للرجل لان البيت بيته فى مجرى العادة فهو تحت يده «[1]» وفى تبصرة الاحكام لابن فرحون المالكى فى باب القضاء بالعرف والعادة : ومن

---

(١) ج ٣ ص ١٤٨

ذلك اختلاف الزوجين فى متاع البيت وهما فى العصمة أو بعد طلاق أو موت فان الحكم فى ذلك أن يقضى للمرأة بما يعرف للنساء وللرجل بما يعرف للرجال ... وبعد أن عدد أشياء تصلح للنساء فقط وللرجال فقط . قال : وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين فرب متاع يشهد العرف فى بلد أو زمان انه للرجال ويشهد فى بلد آخر أو زمن آخر للنساء ويشهد فى الزمان الواحد والمكان الواحد أنه متاع النساء بالنسبة لقوم . ومن متاع الرجال بالنسبة لقوم آخرين كالنحاس المصنوع فى تونس بـلاد المغرب فانه من متاع النساء بالنسبة الى جهاز الاندلس ومن متاع الرجال بالنسبة الى جهاز الحضر «[1]» .

(ومنها) اذا جهز الاب بنته من ماله وزفت الى زوجها بالجهاز الذى قام به الاب . ثم اختلفا فى هذا الجهاز فادعى الاب أو ورثته بعد وفاته أن أعيان الجهاز كلها أو بعضها سلمها اليها بطريق العارية لا الهبة والتمليك فيحق له أن يستردها منها فى أى وقت وطالبها بردها اليـه . وادعت أنه دفع الجهاز اليها تمليكا وهبة فلا يصح له أن يسترده منهـا لان القرابة المحرمية مانعة من الرجوع فى الهبة . فالقول لمن يشهد له العرف فى ذلك بيمينه عند عدم وجود بينة لاحدهما على مايدعيه فان جرى العرف والعادة بين الناس بأن الاب يفعل ذلك هبة وتمليكا حكم لها بدعواها عملابالعرف وان جرى العرف بأن الاب يجهز بنته بطريق الاعارة لا التمليك فالقول له بيمينه لان العرف يؤيده ويشهد له . وفى رسالة « نشر العرف» : والعرف السائد أن الاب اذا جهز بنته فأنه يدفع لها تمليـكا . وكون الدفع عارية نادر فى الاوساط .

(ومنها) لو قدم الزوج لزوجته شيئا بعد الزواج . ثم تنازعا فادعى أن ما قدمه اليها من المهر . وادعت أنه هدية . ولم يكن لأحدهما اثبـات

---

(١) تبصرة الحكام ج ص ٦٣ ـ ٦٤

على مايدعيه . فانه يرجع الى العرف فى هذه الحالة ويجعل حكما للفصل بين المتنازعين ويكون القول لمن يشهد له العرف بيمينه . فان كان العرف يعتبر ما أعطاه لها من المهر قضى للزوج . وان كان العرف جاريا على أن ماقدمه اليها يعتبر هدية حكم لها بدعواها . وان لم يوجد عرف أو كان العرف مشتركا لايشهد لاحدهما . فالقول للزوج بيمينه لان جهة الاعطاء تعلم منه لكونه هو الذى أعطى الشىء المتنازع فيه فهو أدرى بصفة الاعطاء .

(ومنها) اذا اختلف الخاطب مع مخطوبته بعد العدول عن الخطبة سواء كان العدول عنها من جهته أو من جهتها فيما كان قدمه اليها أثناء الخطبة هل ماقدمه اليها هدية أم من المهر . فادعى أنه من المهر ليتسنى له فى كل الاحوال أن يسترده منها بعينه ان كان قائما أو يرجع عليها بمثله أو قيمته ان كان **هالكا** أو مستهلكا . وادعت هى أنه هدية حتى لايرجع عليها بشىء ان وجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة حيث ان الهدية كالهبة فى الحكم من حيث جواز الرجوع وعدم الرجوع فيها . فالقول لمن يؤيده العرف بين الناس مع يمينه . وان لم يوجد عرف فالقول قوله بيمينه الا اذا كان ماقدمه اليها يستنكر فى العرف والعادة أن يكون مهرا مثل فاكهة أو طعام مجهز للاكل فيكون القول لها مع يمينها حيث ان الظاهر فى هذه الحالة ان ما أعطاه لها يعد هدية لا مهرا .

(ومنها) اذا اختلف الزوجان فى المعجل والمؤجل من الصداق ولم يوجد فى عقد الزواج نص على ذلك فانه يحكم بمقتضى العرف السائد بين الناس فى مقدار المعجل من المهر والمؤجل منه لان المتعارف عرفا كالمشروط نصا . والعرف فى بعض البلاد المصرية جار على تعجيل نصف المهر وعلى تأجيل نصفه الاخر لاقرب الاجلين الطلاق والموت وفى بعضها العرف جار على تعجيل الثلثين من المهر وتأجيل الثلث لاقرب الاجلين .

(ومنها) تقدير المتعة التى توصل بها الزوجة بعد الفرقة كتعويض لها

عما أصابها من الاذى والضرر بسبب الفرقة التى لادخل لهـا فيها حيث لا يجب لها شىء من المهر . فان المدار فى تقـديرها هو العرف لان النص الذى أوجب المتعة ورد مطلقا بدون تقدير ومن غير تنصيص على مقدارها فوجب المصير الى عرف الناس فى ذلك . قال تعالى : لاجنـاح عليكم ان طلقتم النسـاء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضـة . ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متـاعا بالمعروف «١» ولم يرد فى الشرع مقدار معين للمتعة . فالمعتبر فيها عرف كل بلدة ، ولذا صرح الفقهاء بأن المتعة عبارة عن الكسوة الكاملة التى تلبسها المرأة عنـد الخروج حسب عرف بلدها . ويقول حجة الاسلام أبو بكر الرازى الشهير بالجصـاص المتوفى سنة ٣٧٠ هجرية فى كتابه القيم « أحكام القرآن » : ولم يقـدر أصحابنا لها ــ المتعة ــ مقدارا معلوما لايتجاوز به ولا يقصر عنه وقالوا هى ــ المتعة ــ على قدر المتعارف فى كل وقت . ويقول عند تفسيره قول الله تعالى « ومتعوهن على الموسع قدرهوعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف »: واثبات المقدار على اعتبار حاله ــ الزوج ــ فى الاعسار واليسار طريقـه الاجتهاد وغالب الظن ويختلف ذلك فى الازمان أيضا . لان الله تعالى شرط فى مقدارها ــ المتعة ــ شيئين أحدهما اعتبارها بيسار الرجل واعسـاره والثانى أن يكون بالمعروف مع ذلك . فوجب اعتبار المعنيين فى ذلك . واذا كان كذلك وكان المعروف منهما موقوفا على عادات الناس فيهما والعادات قد تختلف وتتغير وجب بذلك مراعاة العادات فى الازمان . وذلك أصل فى جواز الاجتهاد فى أحكام الحوادث «٢» .

(ومنها) تحـديد آلة القتل . فان الشارع لم يحـدد للقتل الموجب للقصـاص ولا لغـيره من أنواع القتل آلة مخصوصـة كمـا لم يبين الشارع كيفية مخصوصة للقتل الذى يوجب القصاص والذى لايوجبه .

---

(١) الاية ٢٣٦ من سورة البقرة (٢) ج ١ ص ٤٣٣ وما بعدها .

بل اكتفى الشارع بوصف القتل الموجب للقصاص بكونه عمدا عدوانا • وترك تقدير آلة القتل وتحديدها للعرف لان وسائل القتل وطرق ارتكابه تختلف باختلاف الاشخاص والازمنة والامكنة • فلو حدد الشارع آلة القتل لنجا كثير من المجرمين القتلة من العقاب ولفاتت الحكمة من مشروعية القصاص • قال تعالى : ولكم فى القصاص حياة ياأولى الالباب «[1]» لان الانسان يبتكر أساليب جديدة لم تكن معهودة ويبتدع طرقا حديثة لم تكن معلومة فى ارتكاب جريمة القتل • ولهذا ذهب جمهور الفقهاء الى أن القتل العمد العدوان بكل ما من شأنه ازهاق الروح عادة يوجب القصاص من القاتل سواء كان القتل بطريق المباشرة أو التسبب وبآلة محددة أو غير محددة • وأوجبوا القود فى القتل بالسلاح وغيره كالتخنيق والتغريق والحبس عن الطعام والشراب حتى يموت جوعا وعطشا وقالوا بالقصاص ممن شهد زورا أمام القضاء بما يوجب القتل وأدت شهادته الى قتل المشهود عليه •

(ومنها) تقدير الغبن الفاحش والغبن اليسير • اذ لم يرد من الشرع نص فى تقديرهما وتحديدهما فيؤخذ من ذلك أنه رد أمر تقديرهما الى عرف الناس • وفى الشرح الكبير على متن المقنع : ولاتحديد للغبن فى المنصوص عن احمد • وحدده بعضهم بالثلث وهو قول مالك لقول النبى : والثلث كثير • وقيل السدس • والاولى تحديده بما لايتغابن الناس به عادة لان مالم يرد الشرع بتحديده يرجع فيه الى العرف «[2]» • ولفقهاء الحنفية عدة أقوال فى تقدير الغبن الفاحش والغبن اليسير وأحسنها أن الغبن اليسير مايدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة والغبن الفاحش ما ليس كذلك وأهل الخبرة عند تقويمهم وتقديرهم قيمة الشىء يراعون العرف وعادة التجار فى تثمين الشىء وتقدير قيمته •

(ومنها) ما يتحقق به الاكراه • والاكراه بنوعيه الملجىء وغير الملجىء

---

(١) الاية ١٧٩ من سورة البقرة (٢) ج ٤ ص ٧٩

يعدم الرضا من المكره . والرضا شرط لصحة العقود والتصرفات فتفسد عند فواته لان الملاحظ من جهة الشارع فى صحة العقد وانعقاده حصول التراضى من المتعاقدين قال تعالى : يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم «١» . قال عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه . ومايتحقق به الاكراه كالضرب والحبس يختلف باختلاف أحوال الناس . فمنهم من لايتضرر عادة الا بالضرب الشديد والحبس المديد ومنهم من يتضرر بأدنى شىء لان ذلك يعتبره العرف هوانا بالنسبة له ولا يعتبره كذلك بالنسبة لغيره فالوجيه الذى يضع من جاهه ومكانته الاجتماعية حبس ساعة أو ضربة سوط يثبت بذلك فى حقه الاكراه والذى لايبالى بذلك لايثبت فى حقه الاكراه «٢» .

(ومنها) الحرز . اخراج السارق المسروق من الحرز شرط لقطع يده عند عامة أهل العلم والحرز فى اللغة العربية الموضع الذى يحرز فيه الشىء وكذا هو فى الشرع الا أنه بقيد المالية أى المكان الذى يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه «٣» وحرز كل شىء ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والغنم بالحظيرة . فلو سرق دابة من اصطبل قطعت يد السارق ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم تقطع . واذا سرق شاة من الحظيرة تقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لم تقطع «٤» . وفى فتح القدير : الحرز ماعد عرفا حرزا للاشياء لان اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه فيعلم به أنه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك «٥» ويقول الماوردى فى

---

(١) الاية ٢٩ من سورة النساء
(٢) يراجع المبسوط ج ٢٤ ص ٥٢ وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٨٢
(٣) فتح القدير ج ٥ ص ١٤٢
(٤) العناية على الهداية ٥ ص ١٣٧
(٥) ج ٥ ص ١٤٢

كتابه « الاحكام السلطانية » : والأحراز عند الشافعى تختلف باختلاف الاموال اعتبارا بالعرف فيها فيخف الحرز فيما قلت قيمته من الخشب والحطب ويغلظ ويشتد فيما كثرت قيمته من الذهب والفضة فلا يجعل حرز الحطب حرزا للفضة والذهب فيقطع سارق الخشب منه ولايقطع سارق الذهب والفضة منه »[١] .

(ومنها) العقوبات غير المقدرة من الشارع وهى المسمى فقها بالتعزير ولبيان ذلك نقول ان العقوبات فى التشريع الاسلامى نوعان (ا) عقوبات مقدرة من الشارع نص عليها الكتاب أو السنة وهى القصاص سواء كان فى النفس أو فى أعضاء الجسم والحدود : حد الشرب وحد الزنا وحد القذف . (ب) عقوبات غير مقدرة من الشارع بل فوض الامر فى تقديرها لاولى الامر بحسب نوع الجريمة وظروفها المحيطة بها من حيث مكانها وزمانها ومرتكبها والمجنى عليه وضررها على الافراد والجماعات وغير ذلك من الاحوال والملابسات المحيطة بالجناية وقت ارتكابها . وهذا النوع ما اصطلح عليه فقهاء الاسلام على تسميته بالتعزير .

نص الكتاب أو السنة على أنواع معينة من الجرائم وبينت نصوصهما عقوبات تلك الجرائم وهى جرائم الاعتداء على النفس بالقتل أو بما دونه كجرح بعض أعضاء جسم الانسان أو قطعها . وعلى المال بالسرقة وعلى العرض بالزنا أو القذف . وعلى الدين بالردة . وعلى العقل بالسكر . وعلى الامن والنظام العام بالبغى والعدوان والسعى فى الارض بالفساد والافساد . وقد عنيت الشريعة الاسلامية أشد العناية بهذه الانواع من الجرائم لخطورتها وعظم أثرها فى المجتمع الانسانى أفرادا وجماعات . لانها متصلة اتصالا وثيقا بالمقاصد الضرورية التى تهدف الشريعة الاسلامية الى حفظها وصيانتها . وهى حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل لان تكاليف الشريعة ترجع الى حفظ مقاصدها فى الخلق وهذه المقاصد

---

(١) الاحكام السلطانية ص ١٩٨

لاتعد وثلاثة أقسام أحدها أن تكون ضرورية والثانى أن تكون حاجية والثالث أن تكون تحسينية وأن المقاصد الضرورية خمسة أمور وهى حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل «[1]» .

ولايخفى مايترتب على هذه الجرائم التى بينت نصوص الكتاب والسنة عقوباتها من الشرور والاضرار التى تلحق الافراد والجماعة البشرية ومايتركها من الاثام والاثار السيئة فى حقوق الانسان الشخصية والاجتماعية . بما تحدثه من الاضطراب والاخلال بالامن والنظام واشاعة الفساد والفوضى ونشر القلق والذعر والهلع بين الناس حيث لايأمنون على أرواحهم وأموالهم وأعراضهم وأنسابهم . فيعيشون فى جو مضطرب لا امن فيه ولا اطمئنان وفى بحر متلاطم الامواج لاقرار فيه من القلق والفوضى . ولما كانت الشريعة الاسلامية معنية أشد العناية باستتباب الامن والنظام والهدوء والاطمئنان . وحريصة أشد الحرص على صيانة الاموال والارواح وحماية الاعراض والانساب والمحافظة على العقول . فانها شرعت عقوبات رادعة لهذه الجرائم . نص عليها الكتاب أو السنة . وهذه الاحكام الجزائية كفيلة بحفظ المجتمع البشرى من التدهور فى مهاوى الهلاك والانحلال وكفيلة بردع النفوس الباغية الطاغية وزجرها واتعاظ الغير فيجتنب فعل تلك الموبقات ويبتعد من التفكير فى ارتكاب تلك المحرمات من الجرائم .

وقد فصل الفقهاء هذه الجرائم وبينوا العقوبات المترتبة عليها بما لامزيد عليه كما هو مدون فى كتب المذاهب الفقهية الاسلامية مع ذكر النصوص الشرعية المتعلقة بها وهى مشهورة ومعروفة لاتحتاج الى ذكر وبيان .

وأما الذنوب والجرائم التى لم يتعرض لها التشريع الاسلامى ولم يرد فى بيانها ولا فى أحكامها نص من الكتاب والسنة . فقد فوض الشارع لأولى الامر فى تقدير العقوبات عليها . حيث انها تختلف وتختلف أحكامها

---

(١) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٤

بحسب الازمنة والامكنة والمصلحة والبيئات المختلفة فى الجماعات البشرية وبحسب عرف الناس وعاداتهم فيما يوجب التعزيز وما لايوجبه وفى مقدار التعزيز ونوعه . يقول ابن القيم فى كتابه « اغاثة اللهفان » : الاحكام نوعان نوع لايتغير عن حالة واحدة هو عليها لابحسب الازمنة ولا الامكنة ولا اجتهاد الائمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك . فهذا لايتطرق اليه تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضع عليه . والنوع الثانى مايتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا أو حالا كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها . فان الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة . ثم بعد أن عد ابن القيم فى كتابه المذكور طائفة من تعزيرات النبى صلى الله عليه وسلم وتعزيرات الصحابة من بعده . قال : فكان عمر رضى الله عنه يحلق الرأس وينفى ويضرب ويحرق حوانيت الخمارين والقرية التى تباع فيها الخمر . وحرق قصر سعد (بن أبى وقاص) بالكوفة لما احتجب عن الرعية (وصار يحكم فى داره) . وقال : كان لعمر رضى الله عنه فى التعزير اجتهاد وافقه عليه الصحابة لكمال نصحه ووفور علمه وحسن اختياره للامة . وحدوث أسباب اقتضت تعزيره لهم بما يردعهم لم يكن مثلها فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم . أو كانت ولكن زاد الناس عليها أو بالغوا فيها . فمن ذلك انهم لما زادوا فى شرب الخمر وتتابعوا فيه وكان قليلا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جعله عمر ثمانين ونفى فيه . ومن ذلك اتخاذه دارا للسجن . ومن ذلك ضربه للنوائح حتى بدا شعرها . وهذا باب واسع اشتبه فيه على كثير من الناس الاحكام التى لاتتغير بالتعزيرات التابعة للمصالح وجودا وعدما »[١] اهـ .

وفى كتاب « معين الحكام » عند بيان بعض التعزيرات التى نقلت عن الرسول والصحابة: ومنها مصادرة عمر عماله بأخذ شطر أمواله فقسمها بينهم وبين المسلمين »[٢] اهـ . فعمر بن الخطاب رضى الله عنه الذى ورد بشأنه

(١) كتاب « اغاثة اللهفان من مكايد الشيطان » ج ١ ص ٣٣٠ ومابعدها .
(٢) الكتاب المذكور ص ١٩٠

الحديث الشريف : جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه • يعتبر أول من وضع قانون الكسب غير المشروع ــ من أين لك هذا ؟ ــ الذى كثر حوله الكلام والنقاش فى العهد الاخير • فقد كان يتخير عماله فى الاقاليم وحكام ولايات الدولة الاسلامية بعد البحث والتقصى عنهم بما عرف عنه من الدقة وحسن التقدير • ويحاسبهم عن كل صغيرة وكبيرة من أعمالهم ويتتبع أحوالهم فى الرعية وتصرفاتهم فى شئون الرعية • فاذا ماتبين له أن أحدهم استغل وظيفته لمنفعته الشخصية • أو أساء استعمال سلطته أو اتخذ منصبه لكسب غير مشروع أو لمحاباة أحد فى الحق والعدالة • أو ظهرت عليه آثار النعمة وأمارات الاثراء التى لاتتناسب مع حاله قبل توليه امارة الناس ولاتتفق ومايأخذه من الاجر نظير عمله • فانه كان يحاسبه حسابا عسيرا ويحقق معه عن موارد ثروته • فاذا ظهر له أنه استغل منصب الدولة الذى تولاه لكسب غير مشروع فانه كان يصادر أمواله ويقسمها بينه وبين المسلمين •

ويقول القرافى فى كتابه « الفروق » عند ذكره الفروق بين الحد والتعزير مانصه : ان التعزير يختلف باختلاف الاعصار والامصار فرب تعزير فى بلد يكون اكراما فى بلد آخر كقلع الطيلسان بمصر تعزير وفى الشام اكرام • وككشف الرأس عند الاندلس ليس هوانا وبالعراق ومصر هوان «[1]» والعرف بمصر فى عصرنا الحاضر أصبح لايعد كشف الرأس هوانا وقد كان العرف من عهد غير بعيد يعتبر كشف الرأس هوانا كما قال القرافى •

فالقاضى عندما يقدر عقوبة التعزير يجب عليه أن يراعى عرف الناس وعاداتهم فيما يعد زجرا وردعا وتأديبا وتهذيبا للاخلاق • لان هذا يختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص كما يجب عليه أن يراعى ويقدر مبلغ الجناية من حيث عظمها وصغرها وخطورتها وضررها بالافراد أو بالمجتمع

---

(١) ج ٤ ص ١٨٣

وأن يلاحظ حال الجـانى من حيث مايكون زجرا وردعا له فان النـاس يختلفون فى هـذا اختلافا كبـيرا . فبعضهم يكفى فى ردعهم وزجـرهم واصلاح حالهم التوبيخ والتبكيت والكلام العنيف . وبعضهم لايرتدعون الا بالضرب والحبس وفى « فتح القدير على الهداية » : عن السرخسى أنه ليس فيه ـ فى التعزير ـ شىء مقرر بل مفوض الى رأى القـاضى . لان المقصود منـه الزجر . وأحوال الناس مختلفة فيـه . فمنهم من ينزجر بالصيحة . ومنهم من يحتاج الى اللطمة والى الضرب . ومنهم من يحتاج الى الحبس . وفى الشافى : التعزير على مراتب . تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضى : بلغنى أنك تفعل كذا وكذا فينزجر به . وتعزير الإشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القـاضى والخصومة فى ذلك . وتعـزير الاوسـاط وهم السوقة بالجر والحبس . وتعزير الاخسة بهذا كله وبالضرب »[1] .

وفى منح الشريعة الاسلامية السلطـة لأولى الامر فى فرض عقوبات ووضع أحكام للجرائم التى لم يعينها الشارع ولم يحـددها . وتفويضها الامر للحاكم فى تقـدير تلك العقوبات بدون تقييـد بشىء . عـدا رعاية المصلحة ودفع المفسدة . وعدا أن يكون رائده الزجر والردع وغايتـه الاصلاح والتأديب . مع مراعاة ذات الجريمة من حيث عظمهـا وصغرها وما يحيط بالجناية من الظروف ويتصل بها من حال الجانى والمجنى عليه . لاكبر شاهد وأقوى برهان على أن الفقـه الاسلامى يساير الزمن وسـنة التطور فى التشريع ويتمشى مع مقتضيات طبيعة الكون ونظام الحياة من التقدم فى الحضارة والمدنية وما يستتبع ذلك من كثرة الحوادث الجزئية المتجددة بتجدد مطالب الانسان وازديادها كلما تقدم البشر . كما سايرت الادوار المختلفة التى مرت بالامم والشعوب الاسلامية ودولها وحكوماتها على اختلاف أنظمتها وتفاوت درجاتها فى الحضارة والمدنية . ولكون الفقه

---

(١) ج ٥ ص ١١٢

الاسلامى يسترسل على الحوادث المتجددة والوقائع غير المنتهيــة فى كل زمان ومكان بدون تحديد ولا نهاية . كانت الشريعة الاسلامية خالدة أبدية الى يوم القيامة . وعامة لكافة الامم والشعوب على وجه البسيطة وصدق القول بأنها أكمل الاديان وخاتمة الشرائع السماوية .

وهذا المنهج الذى سلكتــه الشريعة الاسلامية فى تقــدير العقوبات بالنسبة لبعض الجرائم المعينة بالنصوص من الــكتاب والسنة لان الشرع الاسلامى يهدف الى دوام هذه الاحكام العقوبية ويريدها مستمرة دائمة غير قابلة للتبديل والتغيير مهما اختلفت الازمنة والامكنة والاشخاص لانها بنيت على أســباب لاتتبدل ولا تتغير مهما كانت الظروف ومهما تغــيرت الازمان والاماكن . ومهما تنوعت الوان الحيــاة وصورها . ومنحهــا السلطــة للمحاكم فى فرض العقوبات وتقديرها بالنسبــة للجرائم التى لم تتعرض لها الشريعة الاسلامية لانها قابلة للتغير والاختلاف حسب الاحوال والظروف . هو الطريق المثلى المتفق مع خلود الشريعة الاسلامية وعمومها وصلاحيتهــا للافراد والجماعات فى كل زمان ومكان وتطبيق قواعــدها وأصولها العامة على الحوادث الفردية والوقائع الجزئية .

ونرى أن نتناول هــذا الموضوع بشىء من البيان والتوضيح بقــدر مايسمح به المقام دون أن نبتعد عما نحن بصدده ولا عن الغاية التى نهدف اليها فى هذا المقال . فنقول ان الاحكام التى جاءت بها الشريعة الاسلامية. منها مايتعلق بالعبادات وهذا النوع من الاحكام لامجال للعقل والرأى فى معرفته وتقــديره . فالوسيلة الوحيــدة للعلم به هو النص من الشــارع اجمالا وتفصيلا . لان المقصود من العبــادات الانقياد لاوامر الله تعــالى وافراده بالخضوع والتعظيم والتوجه اليه والامتثال له بدون التفــات الى المعانى ولانظر الى المصالح فيها «[1]» . ثم ان العبادات حق خاص بالشارع سبحانه وتعالى ولايمكن معرفة حقه كماً وكيفــاً وزماناً ومكاناً . الا من

(١) الموافقات تاج ٢ ص ٢١١ ومابعدها .

جهته فلا مناص حينئذ من التزام الحدود التى بينها الشارع • واتباع الاوضاع التى تواضع عليها الشارع فى عبادته • فيلزم الوقوف مع المنصوص عليه وان لايتجاوز الحد المرسوم لعباده • ولهذا عذر أهل الفترات فى عدم اهتدائهم • قال تعالى : « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » «١» وقال تعالى : « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » «٢» (ومنها) مايتعلق بالمعاملات بين العباد بعضهم مع بعض فى كافة الشئون الدنيوية أفرادا وجماعات • والاصل الغالب فى هذا النوع من الاحكام • الالتفات الى المعانى ومراعاة جلب المصالح للمكلفين ودفع المفاسد عنهم • فتدور أحكام المعاملات مع ماذكر وجودا وعدما • ولذلك نجد الشارع قد توسع فى بيان العلل والحكم فيما شرعه من الاحكام فى باب المعاملات • فيقول سبحانه وتعالى فى كتابه العزيز : فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكى لايكون على المؤمنين حرج فى أزواج ادعيائهم » «٣» ويقول : انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون «٤» ويقول : ولكم فى القصاص حياة يا أولى الالباب «٥» ويقول : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم «٦» ويقول : ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لايكون دولة بين الاغنياء منكم «٧» ويقول الرسول عليه الصلاة والسلام فى الهرة : انها ليست نجسة انها من الطوافين عليكم والطوافات • ويقول صلى الله عليه وسلم : لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها فانكم ان فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم • وغيرذلك من النصوص الشرعية التى لاتعد كثرة • ويقول العز بن عبد السلام فى كتابه « القواعد » «٨» : ان أجمع آية فى القرآن للحث على

(١) الاسراء رقم ١٥ (٢) النساء رقم ١٥٦ (٣) الاحزاب الاية ٣٧
(٤) المائدة رقم ٩١ (٦) الانفال رقم ٦٠ (٧) سورة الحشر رقم ٧
(٨) ج ٢ ص ١٦١

المصالح كلها والزجر عن المفاسد باسرها قول الله تعالى : ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذوى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلـكم تذكرون «١» ويقول فى بيـان ذلك ان الالف واللام فى العـدل والاحسان للعموم والاستغراق فلا يبقى من دق العدلوجله شيء الا اندرج فى قوله تعالى : ان الله يأمر بالعدل ، ولا يبقى من دق الاحسـان وجله ا لااندرج فىأمره بالاحسان ، والعدلهو التسوية والانصاف ، والاحسان اما جلب مصلحة أو دفع مفسـدة ، وكذلك الالف واللام فى الفحشـاء والمنـكر والبغي عامة مستغرقة لانواع الفواحش ولمـا يذكر من الاقوال والاعمال ،

وهذه النصوص من الكتاب والسنة تشير بل تصرح باعتبار المصالح للعباد وان الاذن دائر معها أينما دارت فيما شرع من أحكام المعاملات ، فيؤخذ من هذا المنهج فى التشريع أن الشـارع قصد فيها اتبـاع المعانى لا الوقوف مع النصوص بخلاف باب العبادات فان المعلوم فيهـا خلاف ذلك «٢» ، فاذا ماوجد فى أحكام المعاملات التعبد فهو خلاف الاصلفيها، كعدد الاشهر فى عدة الطلاق وعدة الوفاة ، ومقادير الحدود كمائة جلدة فى الزنا ، ومقادير الانصبـة فى الزكاة وما أشبه ذلك ، وهـذه الاحكام التعبدية فى باب المعاملات مع كونهـا خلاف الاصل فانهـا قليلة بالنسبة لغيرها من أحكام المعاملات ،

ثم ان منهج الشريعة الاسلامية فى هذا النوع من الاحكام وهىالمتعلقة بالمعاملات ، الاجمال لا التفصيل ، حيث يضع الشارع القواعد والاصول العامة ، ويشير الى المقاصد الكلية فى التشريع ، ولايعنى الشرع بالجزئيات والتفصيلات ، بل نجده يترك ذلك للاجتهاد والاستنباط ،فيقول الشارع : أحل اللهالبيع وحرم الربا ، بدونتعرض لتفاصيل البيع ولا لبيـان أنواعه ومن غير تتبع لتفريعات وأحكام جزئية تفصيلية ، ومثل هذا يقال فىتحريمه

(١) سورة النحل رقم ٩٠
(٢) يراجع الموافقات ج ٢ ص ٢١٢ وما بعدها .

الربا • ويقول الشارع : البينـة على المدعى واليمين على من أنكر بدون تعرض لتفصيلات التقاضى وطرق رفع الدعاوى وكيفية المرافعة والمخاصمة• وأشار القرآن الى الاساس الذى تبنى عليه المبادلات المالية وهو قول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم «[١]» وبين الاصل العام لنظام الحكم وهوالشورى حيث أمر الله نبيه المعصوم الذى لاينطق عن الهوى بأن يشاور الصحـابة أى الامة فى أمرها بقوله تعالى « وشاورهم فى الامر » «[٢]» وقد وصف الله تعالى المسلمين فى سورة من سور القرآن سميت سورة الشورى بأن أمرهم شورى بينهم حيث قال تعالى فى وصفهم : والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون «[٣]» فكان دستور السياسة العامة وأساس الحكم فى عهد الرسول عليه الصلاة والسلام وفى عهد الخلفـاء الراشدين الشورى بين كبـار رجال الدولة من المهـاجرين والانصار • اذ كان النبى صلى الله عليه وسلم يستشير صحابته فى الشئون الدنيوية العـامة ولم يكن الخليفـة يقطع أمرا مـن أمور المسلمين بدون استشارتهم وأخذ رأيهم فيما يعرض للامة الاسلامية من الشئون والمسائل العامة • كما كان الخليفة فى كثير من الحوادث الجزئيـة المتعلقة بأحكام التشريع يستشيرهم ويسألهم عن الحكم اذا لم يجد نصا من الكتـاب أو السنة • وضع الاسلام أساس الدستور فى الدولة الاسلامية وقرر الاصل العام لنظام الحكم وهو الشـورى وآثر فى ذلك الاجمـال ولم يتعرض للتفصيل المنظم لحكم الشورى حتى يتسنى لكل أمة أن تختار نوع الحكم بعد أن تكون الشورى هى الاسـاس فى سياسة الامة وفى نظـام الحكم وتضع النظـام التفصيلى لذلك بحسب حالها ومالها من التقـدم العلمى والنضوج الفكرى والمدنية والحضارة فيكون نظام كل أمة فى الحـكم

---

(١) الاية رقم ٢٩ من سورة النسـاء
(٢) آل عمران رقم ١٥٩
(٣) الاية ٣٨ من سورة الشورى .

محققا لرغباتها ومصالحها وملائما لبيئتها وعاداتها ومكانتها الاجتماعية ووافيا بحاجاتها . فقد يكون من مصلحة الامة أن يكون اختيار من يندبون عنها فى التشاور بطريق الطوائف المختلفة أو بطريق الانتخاب المباشر أو غير المباشر . وقد يكون من مصلحتها أن يكون مجلس الشورى واحدا أو مجلسين . وهذا يختلف باختلاف الامم وتطورات أحوال الناس كما هو مشاهد الآن .

وقد ترد السنة النبوية متممة لبعض تشريعات القرآن ومفصلة لما أجمله أو مشرعة لما لم يرد به الكتاب. وقد نجد الشارع فى بعض تشريعاته المتعلقة بالمعاملات آثر التفصيل على الاجمال كما فى التشريع الخاص بالمواريث والعقوبات الخاصة ببعض الجرائم . حيث بين القرآن نصيب كل وارث بيانا تفصيليا شاملا لمختلف حالاته فى الارث حتى لايكون هناك مجال للتأويل والاختلاف والتغيير . كما حدد عقوبة الاعتداء على النفس بالقتل وعلى العرض بالزنا وعلى المال بالسرقة وعلى الامن والنظام العام بالمحاربة والسعى بالفساد والافساد فى الارض . لان الشارع الحكيم أراد استمرار هذه الاحكام وبقاءها على ماهى عليه وعلى الوجه الذى شرعها ووضعها بدون تغيير وبغير أن تتأثر بتقلبات العصور واختلاف الظروف والاحوال.

والذى يؤيد أن الشريعة الاسلامية سلكت فى تشريعها فى باب المعاملات مسلك الاجمال لا التفصيل . ان الآيات القرآنية الواردة فى بيان أحكام المعاملات قليلة بالنسبة لغيرها وكذلك أحاديث المعاملات قليلة بالنسبة لغيرها . ويقول ابن العربى فى تفسير الآية : يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم . ما نصه : هذه الآية من قواعد المعاملات وأساس المعاوضات التى تبنى عليها وهى أربعة : هذه الآية وقوله تعالى : وأحل الله البيع وحرم الربا «٢» . وأحاديث الغرر . واعتبار المقاصد فى الشريعة .

(٢) سورة البقرة الاية رقم ٥ ٢

ولا مندوحة عن هذا الاجمال فى التشريع فيما يتعلق بالمعاملات بمعناها العام الشامل لجميع العلاقات والارتباطات والتصرفات بين الناس فى شئونهم الدنيوية بل هو ضرورى اقتضته طبيعة الشريعة الاسلامية ومناسبتها لكل زمان ومكان ومالها من الخلود والدوام والعموم لان نصوص الكتاب والسنة كما يقول امام الحرمين أبو اسحق الاسفراينى فى كتابه « البرهان » محصورة مقصورة ومواضع الاجماع معدودة مأثورة . فما ينقل منها تواترا قليل معوز . وما ينقله الآحاد من علماء الامصار منزل منزلة اخبار الآحاد . وهى على الجملة متناهية . ونحن نعلم قطعا أن الوقائع التى يتوقع وقوعها لانهاية لها . والرأى المثبوت المقطوع به عندنا أنه لايخلو واقعة عن حكم الله تعالى يتلقى من قاعدة الشرع . فالاصل الذى يسترسل على جميع الوقائع القياس وما يتعلق به من وجوب النظر فهو أحق الاصول بالاعتبار . ويقول الشهرستانى فى كتابه « الملل والنحل » مانصه : نعلم قطعا ويقينا أن الحوادث والوقائع فى العبادات والتصرفات مما لايقبل الحصر والعد . ونعلم قطعا أنه لم يرد فى كل حادثة نص ولايتصور ذلك أيضا . والنصوص اذا كانت متناهية . وما لايتناهى لايضبطه مايتناهى . علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد » ويضاف الى ماسبق أن أحكام الحوادث الجزئية الواقعة وكذا الوقائع التى يتوقع حدوثها فى المستقبل فضلا عن كثرتها بحيث لايمكن حصرها وعدها . فان أحكامها قد تختلف باختلاف المواقع والاشخاص والازمان كالتعازير . وهذا يقتضى أن يترك أمر معرفتها واستنباطها لاجتهاد الفقهاء حتى يكون لكل حادثة حكمها المناسب لها بمراعاة المصالح واتباع القواعد العامة ومقاصد الشريعة الاسلامية وملاحظة تعامل الناس واعتبار عرفهم وعاداتهم فى تصرفاتهم ومعاملاتهم وارتباطاتهم وعلاقاتهم فى شئونهم الدنيوية لان المجتهد لايسعه أن يتجاهل بيئته وما يحيط به من عرف سائد وعادة متبعة حيث لايوجد نص من كتاب أو سنة . وقد حثت الشريعة الاسلامية على

الفهم والاجتهاد واستنباط الاحكام الجزئية للمسائل والحوادث الجزئيـة التى تعرض من المبـادىء والقواعد العامة والمقاصد الكلية التى تنشدها الشريعة الاسلامية من شرع الاحكام • وفى هذا يقول عمر بن الخطاب فى كتابه الى أبى موسى الاشعرى حينما ولاه القضـاء : الفهم الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب ولا سنة ثم اعرف الاشباه والامثـال فقس الامور عند ذلك واعمد الى أقربها الى الله وأشبهها بالحق » •

تغير الاحكام بتغير العرف

عرف النـاس وعاداتهم بحسب الوقوع فى الوجود ضربان (الاول) أعراف وعادات ثابتة مستمرة غير متبدلة ولا متغيرة • فلا تختلف باختلاف الازمان والاماكن والاشخاص • لانها مستمدة من الفطرة التى فطر الناس عليها • ومما جرت سنة الله فى خلقه ولا تبديل لسنة الله فى الكون ولاتغيير فى العادات التى أصلهـا الفطرة ومنشؤها طبيعة الانسـان • وذلك مثل الاكل عند الجوع والشرب عند الظمأ والحزن والفرح عند وجود دواعيهما وميل المرء الى ما يلائمه ونفوره مما لايلائمه (والثانى) عادات متبـدلة غير مستقرة ولا مستمرة ولا ثابتة • فتختلف باختلاف العصور والامصار والبيئات والاحوال • كهيئـات الملابس والمساكن وكاختلاف العبـارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع فى صـنائعهم مع اصـطلاح الجمهور • وكالاختلاف فى الافعال فى المعاملات كما اذا كانت العادة فى النكاح قبض الصداق كله أو بعضه قبل الزفاف والدخول • لان مبناها على ماجرى به تعامل الناس وما ألفوه واعتادوه من الامور فى أفعالهم وأقوالهم • وهذا يختلف باختلاف ماذكر حسب مقتضيات الاحوال والظروف فلكل اقليم مايوافقه ويلائمه من العادات دعت اليهـا أنظمة المعيشة • ولـكل عصر مايناسبه ويصلح لاهله من الاعراف حسب حاجاتهم ومطالبهم فى الحيـاة ووسائلهم فى المعاملة • وهذا النوع كما أنه يختلف باختلاف ماذكر • فانه يتبدل ويتغير بتبدل أسبابه وتغيرها • وبعد هذا التمهيد نقول ان الاحكام

فى الشريعة الاسلامية (نوعان) الاول مايكون ثابتـا بصريح النص من الكتاب أو السنة أو بالاجماع . وهذا النوع من الاحكام لاتبديل ولاتغيير فيـه اذ لو صح ذلك لكان نسخا للاحكام المستقرة المستمرة . ولا نسخ بعـد انتقال النبى عليه الصلاة والسـلام الى الرفيق الاعلى . (الثانى) مايكون ثابتا بضرب من الاجتهاد والرأى . وهذا النوع من الاحكام أقسام لايعنينا منها الا مابنى على العرف والعادة لان ماعداه من الاقسام خارج عن بحثنا .والا حكام الفقهية التى أساسها العرف والعـادة تتبدل وتتغير تبعا لتغير الاصل الذى بنيت عليه . فيتبع العرف المتجدد فى بناء الحكم عليه . وقد صرح بذلك فقهاء الشريعة الاسلامية . وسننقل أقوال بعضهم فى هـذا الموضوع . ثم نتبعها بذكر بعض المسـائل الفقهية التى تغـيرت أحكامها بتغير مدركها عند الفقهاء وهو العرف . قال شهاب الدين القرافى المالكى المتوفى سنة ٦٨٤ هجرية فى كتابه القيم « الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الاحكام » مانصه : ما الصحيح فى هذه الاحكام الواقعـة فى مذهب الشافعى ومالك وغيرهما المترتبة على العوائد ــ العـادات ــ وعرف كان حاصلا حال جزم العلماء بهـذه الاحكام . فهل اذا تغـيرت تلك العوائد وصارت العوائد لاتدل على ماكانت تدل عليـه أولا . فهل تبطل هـذه الفتاوى المسطورة فى كتب الفقهاء . ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة . أو يقال نحن مقلدون ومالنا احداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتى بما فى الكتب المنقولة عن المجتهدين «[1]» وبعد أن أورد القرافى هذا السؤال على الوجه السابق أجاب عنـه بما نصه : ان أمر الاحكام التى مدركهـا العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الاجماع وجهـالة فى الدين . بل كل ماهو فى الشريعـة يتبع العوائد يتغير الحكم فيـه عند تغير العـادة الى ما تقتضيه العادة المتجددة . وليس تجديدا للاجتهـاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد . بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها . فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد . الا ترى أنهم لما جعلوا

---

(١) ص ٦٧ من الكتاب المذكور .

أن المعــاملات اذا اطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقــود . فاذا كانت العادة نقدا معينا حملنا الاطلاق عليه . فاذا انتقلت العادة الى غيره عينــا ما انتقلت العادة اليه . وألغينا الاول لانتقال العادة عنه . وكذا الاطلاق فى الوصايا والايمان . وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد اذا تغيرت العادة تغيرت الاحكام فى تلك الابواب . وكذلك الدعاوى اذا كان القول قول من ادعى شيئا لانه العادة . ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه بل انعكس الحال فيه . بل لو خرجنا من ذلك البلد الى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذى كنا فيه . وكذلك اذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذى نحن فيه لم نفته الا بعادته دون عادة بلدنا . ومن هذا الباب ما روى عن مالك : اذا تنازع الزوجان فى قبض الصداق بعــد الدخول ان القول قول الزوج مع أن الاصل عدم القبض . قال القــاضى اسماعيل : هذه كانت عادتهم بالمدينة ان الرجل لايدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها . واليوم عادتهم على خلاف ذلك . فالقول قول المرأة مع يمينها لاجل اختلاف العوائد . اذا تقرر هــذا فانا أذكر من ذلك أحكاما نص الاصحاب على أن المدرك فيها العادة . وان مستند الفتيا بهــا انما هو العادة . والواقع اليوم خلافه . فيتعين تغيير الحكم على ما تقتضيــه العادة المتجــددة »[1] ثم سرد القرافى الاحكام التى وعــد بذكرها وكان المدرك فيها العرف والعادة ثم تغيرت لتغير مدركها ومستندها وهو العرف والعادة . وقد التزمنا نقل كلام القرافى بنصه الحرفى مع طوله واسهــابه لانه أحسن وأوضح ماكتب فى الموضوع الذى نحن بصدده ونريد تجليته حسب ما وصل اليه علمنا واطلاعنا .

وفى الفروق للقرافى : الاحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معهــا اذا بطلت ... وبهذا القــانون تعتبر جميع الاحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لاخلاف فيه ... وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الايام فمهما تجدد فى العرف

(١) ص ٦٨ من الكتاب المذكور .

اعتبره ومهما سقط أسقطه ، ولا تجمد على المسطور فى الكتب طول عمرك بل اذا جاءك رجل من غير أهل اقليمك يستفتيك لاتجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده واجره عليه وافته به ، دون عرف بلدك والمقرر فى كتبك فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المنقولات ابدا ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين ، وعلى هذه القاعدة تتخرج ايمان الطلاق وصيغ الصرائح والكنايات ، فقد يصير الصريح كناية يفتقر الى النية وقد تصير الكناية صريحا مستغنية عن النية «(١)» .

ويقول ابن القيم فى كتابه « اعلام الموقعين » بعد أن نقل كلام القرافى المذكور بنصه الحرفى تقريبا بدون عزو اليه : ومن أفتى الناس بمجرد المنقول فى الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما فى كتاب من كتب الطب على أبدانهم ، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتى الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان «(٢)» .

وفى رسالة « نشر العرف » لابن عابدين : كثير من الاحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقى الحكم على ماكان عليه أولا ، للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن احكام ، ولذا نرى مشايخ المذاهب خالفوا مانص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة بناها على ماكان فى زمنه لعلمهم بأنه لوكان فى زمنهم لقال بما قالوا به أخذا من قواعد مذهبه «(٣)» .

ولما كان العرف مدركا للفقيه ومستندا للمجتهد فى معرفة كثير من

---

(١) ج ١ ص ١٧٦ ومابعدها .

(٢) ج ٣ ص ٦٦ وما بعدها . (٣) ص ١٢٥ من رسائل ابن عابدين .

الاحكام الفقهية واستنباطها اذا لم يوجد نص من الشارع وأعوزه الدليل وأن هذه الاحكام التى مبناها العرف ليست لها صفةالدوام والبقاء • بل تختلف وتتغير باختلاف الزمان وتغير العرف • فان العلماء جعلوا من ضمن شروط المجتهد أن يكون عالما بعرف الناس وبطرق تعامل بيئته وتفاهم مجتمعه وبعادات الاقليم الذى يقيم فيه • اذ لايسعه أن يتجاهل فيما يستنبطه من الاحكام مايحيطه به من كل ذلك والا كان أشبه بأهل الكهف لايصلح للاجتهاد وقد قالوا : من جهل أهل زمانه فهو جاهل • وقد نص علماء الحنفية على أنه يفتى بقول أبى يوسف فى المسائل المتعلقة بالقضاء بين الناس والفصل فى منازعاتهم وخصوماتهم لكونه جرب القضاء ومارس مسائله مدة طويلة فعرف أحوال الناس فى الخصومات وطرقهم فى التقاضى والمرافعة والمدافعة أمام القضاء • وفى مناقب الامام محمد للكردرى : كان محمد يذهب الى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم ومايديرونه فيما بينهم • وكما أن المجتهد لابد له من معرفة عادات الناس وعرفهم فكذلك المفتى والقاضى • لان كثيرا من المسائل الفقهية والحوادث العارضة والوقائع الجزئية يجاب عنها بمقتضى العرف وليس له الجمود والوقوف على المدون فى الكتب الفقهية ولا أن يلتزم المنقول من أصحاب المذهب بدون رعاية العرف واعتبار العادة ولو فعل المفتى ذلك لترتب على فتياه ضياع حقوق كثيرة وظلم كثيرين من الناس • وكان ضرره أعظم من نفعه لان المجتهد صاحب المذهب بنى كثيرا من الاحكام على عرف الناس فى زمنه والتعارف بينهم • وربما تغير العرف الذى كان المدرك للمجتهد فى تلك الاحكام المسطورة فى كتب المذهب وتغيره يستوجب تغير الحكم المبنى عليه • فيتعين حينئذ الحكم والافتاء بما يقتضيه العرف الحادث القائم فى زمن من له حق الافتاء • ولايجوز له أن يفتى بالحكم المنصوص عليه فى المذهب والذى كان أساسه ومدركه العرف السائد بين الناس فى عصر صاحب المذهب لان الحكم المبنى على العرف يتغير عند تغيره الى مايقتضيه العرف الحادث •

وسنسرد طائفة من المسائل الفقهية التى بنيت أحكامها على العرف ثم تغيرت حينما تغير العرف وتبدلت العادة واختلف الزمان :

(١) كانت الدية الواجبة فى القتل الخطأ تفرض فى عهد الرسول عليه الصلاة والسلام وعهد أبى بكر رضى الله عنه على عاقلة القاتل وهم قومه وعشيرته وقبيلته حيث انهم يناصرونه ويحمونه ويذودون عنه . وايجاب الدية على العشيرة والاسرة كان نظاما معروفا عند العرب لان تناصرهم كان بالعشيرة والقبيلة وأقر الاسلام هذا النظام لان التناصر الذى هو الاصل فى هذا الباب كان بالعشيرة والقبيلة واستمر كذلك لاستمرار العرف الى أن انتقل التناصر الى أهل الديوان «١» حينما دون عمر بن الخطاب

---

(١) ولما كانت كلمة « الديوان » شائعة الاستعمال فى مصر وتتردد كثيرا على الالسنة رأيت من المناسب والفائدة أن ألخص ماقاله الماوردى فى كتابه « الاحكام السلطانية » وما كتبه ابن خلدون فى مقدمته عن أصل هذه الكلمة ومنشئها : الكتاب الذى يدون فيه الجبايات ويبين فيه موارد الدولة ومصروفاتها واحصاء العساكر باسمائهم وتقدير أرزاقهم وصرف أعطياتهم فى أوانها ... يسمى الديوان . وكذلك مكان جلوس الموظفين المباشرين لتلك الاعمال . ويقال أن أصل هذه التسمية أن كسرى ملك الفرس اطلع ذات يوم على كتاب ديوانه فرآهم يحسبون مع أنفسهم كأنهم يحادثون فقال : ديوانه . أى مجانين بلغة الفرس فسمى موضعهم ومكان جلوسهم بهذا الاسم . وحذفت الهاء لكثرة الاستعمال تخفيفا فقيل : ديوا ن. ثم نقل هذا الاسم الى كتاب هذه الاعمال المتضمن للقوانين والحسبانات . وقيل ان الديوان اسم للشيطان باللغة الفارسية فسمى الكتاب باسمهم لسرعة نفوذهم فى فهم الامور ووقوفهم على الجلى والخفى منها وجمعهم لما شذ وتفرق منها . ثم سمى مكان جلوسهم بذلك فقيل : ديوان . واول من وضع الديوان فى الاسلام عمر بن الخطاب رضى الله عنه . واختلف فى سبب انشائه وفيمن أشار عليه بذلك . فقيل سببه أن أبا هريرة قدم عليه بمال من البحرين فقال له عمر ماذا جئت به فقال خمسمائة الف درهم فاستكثره عمر وتعبوا فى قسمته . فأشار اليه خالد ابن الوليد ـ وفى فتوح البلاد للبلازرى : الوليد بن هشام بن المغيرة ـ وقال : قد كنت بالشام فرأيت ملوكها قد دونوا ديوانا وجندوا جنودا فدون ديوانا وجند جنودا فأخذ بقوله . وقيل ان الذى اشار عليه بذلك الهرمزان الفارسى لما رآه يبعث البعوث من غير ديوان فقال له : ومن يعلم بغيبة من يغيب منهم فان من تخلف منهم اخل بمكانه . فاثبت لهم ديوانا فسأله عمر عن معنى الديوان ففسره له . ثم امر عقيل بن أبى طالب ومخرمه بن نوفل وجبير بن مطعم من كتاب قريش فكتبوا ديوان العساكر الاسلامية على ترتيب

رضى الله عنــه الدواوين وفرض الاعطيات لاهلهــا وجعل الدية على أهل الديوان اذا كان القاتل منهم • لان التناصر بعد أن كان بالعشيرة أصبح بالديوان • فتغير العرف فيما به التناصر استتبع تغير الحكم • فلو وجـد تناصر بغير القبيلة وأهل الديوان كما لو كان قوم تناصرهم بالحرفة فالعاقلة أهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله • ويقول السرخسى : ان عمر رضى الله عنه لما دون الدواوين وفرض الاعطيات جعل المعاقل فى أعطياتهم ثم قال : ماكانت الدواوين فى عهد رسول الله صلى الله عليــه وسلم • وانما كانوا يتناصرون بالقرابة بعد الدين • فلما دون عمر رضى الله عنه جعل التعاقل بالديوان لانه باعتبار التناصر • والتناصر بالديوان دون القبيلة فان أهل الديوان وان كانوا من قبائل شتى يقوم بعضهم بنصرة بعض » •

وايجاب الشارع الدية على عاقلة القاتل اذا كان القتل خطأ ليس مخالفا لنظرية مسئوليــة الجناية لايتحملها غير الجــانى • لان وجوب الدية على العاقلة فى القتل الخطأ أو اشتراكها فى تحملها من باب الاعانة ودفع الضرر عن القاتل • لان القتل لما كان خطأ غير مقصود ولا متعمد يعذر فيه القاتل حيث انه لم يتعمد فعل الجريمة ولم يقصــد ارتكاب الاثم • فلو وجبت الدية فى ماله خاصــة أصابه ضرر بليغ من غــير ذنب تعمده • واهدار دم القتيل من غير عوض وبدون بدل فيه اضرار بمن كان يعولهم ويقوم بأودهم من أولاده وورثته • فاقتضت حكمة الشريعة الاسلامية ايجاب دية القتل الخطأ على من عليهم نصرة القاتل وحمايته والدفاع عنــه بحسب العرف والعادة بين الناس اعانة له ودفع الضرر عنه لان ذلك من ضمن النصرة له والاخذ بيده •

وقد نص الفقهاء على أن الدية الآن واجبة فى مال الجانى خاصة حيث لايوجد بيت مال منظم ولاتناصر ويقول صاحب الدر المختار ان التناصر

الانساب ابتداء من قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فما بعدها الاقرب فالاقرب . هكذا ابتداء ديوان الجيش فى الدولة الاسلامية . وروى الزهرى عن سعيد بن المسيب ان ذلك كان فى المحرم سنة عشرين من الهجرة النبوية .

أصل هذا الباب والتناصر منتف الآن وحيث لاقبيلة ولا تناصر فالدية فى مال الجانى . ونقل ابن عابدين عن المجتبى : ان العشائر قد وهت ورحمة التناصر قد رفعت وبيت المال قد انهدم فتعين أن تجب الدية فى مال الجانى »(١) .

(٢) كان النبى عليه الصلاة والسلام أباح للنساء أن يخرجن الى المساجد للصلاة وحضور الجماعة . فقد روى أبو داود فى سننه بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لاتمنعوا اماء الله ــ النساء ــ مساجد الله . واستمر الامر كذلك فى عهده وفى مدة خلافة أبى بكر رضى الله الى أن منعهن عمر رضى الله عنه عن الخروج الى المساجد . لفساد الزمان وتغير الحال وتبدل حالة النساء . حيث حدث فى عهده ما لم يكن فى عصر النبى وزمن أبى بكر . حتى قالت أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها التى أخذ عنها كثير من الاحكام الشرعية : لو أدرك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بنى اسرائيل . رواه أبو داود . وقد استقر الامر على منع النساء من الخروج الى المساجد للصلاة . اذ لو بقى الحكم باباحة خروجهن كما كان الشأن فى عصر النبى عليه الصلاة والسلام مع تبدل الاخلاق وفساد الزمان وتغير النفوس والاحوال لترتب على ذلك مضار ومفاسد لاتؤمن عاقبتها . .

(٣) مايتخذه الحكام وولاة الامور من الوسائل والانظمة والمظاهر فى سياسة الملك والامارة وحفظ الامن والنظام . فان ذلك يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم بحسب الازمنة والامكنة واختلاف البيئات والامم والشعوب . وفى الفروق للقرافى : ولما قدم عمر بن الخطاب الشام ووجد معاوية بن أبى سفيان ــ عامله على اقليم الشام ــ قد اتخذ الحجاب وأرخى الحجاب واتخذ المراكب النفيسة والثياب الهائلة العلية وسلك مايسلكه

---

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٤٥٦ ومابعدها .

الملوك فسأله عن ذلك . فقال : انا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا . فقال له : لا آمرك ولا أنهاك . ومعناه أنت أعلم بحالك . هل أنت محتاج الى هذا فيكون حسنا أو غير محتاج فيكون قبيحا . فدل ذلك من عمر وغيره على أن أحوال الائمة وولاة الامور . تختلف باختلاف الاعصار والامصار والاحوال . فلذلك يحتاجون الى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديما . وربما وجبت فى بعض الاحوال «(١)» .

---

(١) ج ٤ ص ٢٠٣ وفى كتاب « عقد الفريد » لابن عبد ربه القرطبى المتوفى سنة ٣١٨ هجرية : قال يزيد : حدثنى أبى أن عمر بن الخطاب لما قدم الشام قدم على حمار ومعه عبد الرحمن بن عوف على حمار . فتلقاه معاوية ابن ابى سفيان ــ والى الشام وحاكمه من قبل عمر رضى الله عنه ــ فى موكب ثقيل . فجاوز عمر حتى أخبر به فرجع اليه . فلما قرب منه نزل اليه فأعرض عنه عمر فجعل ــ معاوية ــ يمشى الى جنبه راجلا فقال له عبد الرحمن بن عوف: اتعبت الرجل فأقبل عليه عمر فقال : يامعاوية انت صاحب الموكب آنفا على مابلغنى من وقوف ذوى الحاجات ببابك . فقال : نعم يا أمير المؤمنين . قال ولم ذاك ؟ . قال : لانا فى بلد لانمتنع فيها من جواسيس العدو ولا بد لهم مما يرهبهم من هيبة السلطان فان أمرتنى بذلك أقمت عليه وان نهيتنى عنه انتهيت . فقال : ان كان الذى تقول حقا فانه رأى أريب وان كان باطلا فانها خدعة أديب . وما آمرك به ولا أنهاك عنه . فقال عبد الرحمن بن عوف : لحسن ما صدر هذا الفتى عما أورد فيه . فقال : لحسن موارده جشمناه ما جشمناه . ا هـ .

يتجلى من هذه الحادثة مقدار أثر العرف فى اختلاف مظاهر الملك فهذا خليفة المسلمين وامير المؤمنين يقدم الشام علنا للوقوف على احوال رعيته وهو يمتطى حمارا . ولا يشعر به حاكم الشام وواليه الذى خرج لاستقباله والاحتفاء به لما عليه من البساطة البعيدة من مظاهر الملك وابهة السلطان . فى حين أن عامله كان فى موكب ثقيل حافل بمظاهر هيبة ترهب العدو . لاختلاف عرف المدينة التى هى مقر الخلافة وعاصمة الدولة الاسلامية عن عرف اهل الشام فى عصر واحد . وقد تعرض ابن خلدون فى مقدمته . للكثير من الامور التى يقتضيها انتقال الدولة من البداوة الى الحضارة واطوارها المختلفة . وبين ماتتلون به من العادات حسب الحالات المتجددة واختلاف احوال الدولة واحوال اهلها . باختلاف اتساع الدولة وعظمها واختلاف مالها ولاهلها من الحضارة والمدنية والثقافة والتقدم فى العلوم والصنائع وغير ذلك . وذكر أن الدولة الخالفة تقلد الدولة السالفة وتتبع عاداتها وتتخذ من مظاهر الملك والحكم والابهة والبذخ والترف ماتباهى به الدول المسالمة وترهب به الدول المحاربة . وقال فى هذا المقام : احوال النفوس وتلوناتها غريبة . والله الخلاق العليم .

(٤) اختلف الائمة المجتهدون فى مسائل فقهية لاختلاف عرف أهل بلد كل منهم عن عرف أهل بلد الآخر حيث لايوجد اجماع ولا نص من الكتاب أو السنة . فاستنبط كل منهم أحكاما كان مدركه ومستنده فيها العرف المتبع فى محيطه وفى اقليمه الذى يعيش ويقيم فيه . اذ لكل أمة ولكل أهل اقليم عادات فى حياتهم الاجتماعية وأعراف فى تعاملهم وتفاهمهم وطرق فى تصرفاتهم ومعاملاتهم لامندوحة للمجتهد عن أن يراعيها مع مراعاته القواعد العامة والمقاصد الكلية للشريعة الاسلامية وأغراضها وأهدافها فى تشريع الاحكام من جلب المصالح ودرء المفاسد والتيسير على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم . بل ان المجتهد قد يغير رأيه فى المسألة الواحدة لتغير العرف الذى بنى عليـه الحكم . او اذا ما انتقل من قطر الى آخر ووجد عرف القطر الذى انتقل اليه مخالفا لعرف البلد الذى انتقل منه . كما حصل للامام الشافعى فانه لما كان فى العراق أنشأ هناك مذهبا عرف بالقديم ولما ارتحل عنه الى مصر وأقام بها الى حين وفاته خالف بعض آرائه فى العراق حينما وجد عرف أهل مصر يخالف عرف أهل العراق فى بعض المسائل .

وقد يخالف فقهاء المذهب الواحد صاحب المذهب فيقولون باحكام تخالف الاحكام التى نص عليها صاحب المذهب لاختلاف العرف الذى بنيت عليـه تلك الاحكام . وفى مذهب الحنفية نجد كثيرا من الاحكام الفقهية خالف فيها الصاحبان الامام أبا حنيفة لتغير الزمان وتبدل أحوال النـاس وتغير عرفهم مع أنهما كانا معاصرين له ولـكن تأخر زمانهما عن زمانه . كما خالف المتأخرون من فقهاء المذهب القدامى منهم فى كثير من المسائل فأفتى المتأخرون فيها بخلاف المنصوص عليه فى المذهب والمنقول من المتقدمين لفساد الزمان وتبدل العرف . ومن هذه المسائل :

أ ــ لو حلف شخص لايأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا . قال أبو حنيفة : لايحنث فى يمينه وقال الصـاحبان : يحنث . وصرح علمـاء الحنفية بأن هذا اختلاف عصروزمان لا اختلاف حكم وبرهان . لان الناس فى زمن أبى حنيفة لم يكونوا يعدون هذه الاشياء من الفواكه . فأفتى بما

شاهد فى زمنه وفى زمن الصاحبين كان الناس يعتبرون هذه الاشياء من الفواكه فافتيا بما شاهداه فى زمانهما . وفى الكفاية شرح الهداية نقلا عن المحيط : ان العبرة للعرف فما يؤكل على سبيل التفكه ويعد فاكهة فى العرف يدخل تحت اليمين وما ليس كذلك لايدخل تحت اليمين » (ج ٤ ص ٤٠٥) .

ب ـ لايشترط الامام أبو حنيفة تزكية الشهود لقبول شهادتهم اكتفاء بظاهر العدالة التى كانت غالبة فى الناس فى زمنه . ولما تغيرت الاحوال وفسد الزمان وفشا فى الناس الكذب ولم تعد الاستقامة والعدالة هى الامر الغالب فى الناس اشترط الصاحبان تزكية الشهود وفى قبول شهادتهم حتى تصان الحقوق من الضياع وتحفظ الاموال من الاكل بالباطل .

ج ـ ذهب أبو حنيفة الى أن الاكراه لايتحقق من غير السلطان لانه رأى فى زمنه أن السلطان هو المختص بالقوة والغلبة والقدرة على الحاق الاذى والضرر بالغير . ومن شروط تحقق الاكراه أن يكون المكره قادرا على تنفيذ ماهدد به المكره من القتل أو اتلاف عضو من أعضاء الجسم أو الضرب أو نحو ذلك . وذهب الصاحبان الى أن الاكراه يتحقق من غير السلطان لانه وجد فى زمانهما من لهم رهبة وغلبة وقوة وقدرة على التخويف والتهديد والاكراه حيث تغيرت الاحوال وكثر الفساد بين الناس . وأصبح الاكراه يتحقق من غير السلطان أو الحاكم .

ء ـ اتفقت النقول عن الامام أبى حنيفة وصاحبيه على أنه لايجوز أخذ الاجر على تعليم القرآن ولا على الامامة والاذان . لان هذه الامور من العبادات والطاعات ولا يجوز أخذ الاجر على ذلك . ولما تبدلت الاحوال وتغير الزمان وضعفت الروح الدينية وقطعت عن الذين يتولون تعليم القرآن عطاياهم من بيت المال . أفتى من جاء بعدهم من أهل التخريج والترجيح فى المذهب بصحة أخذ الاجر على تعليم القرآن وعلى الامامة والاذان لحفظ القرآن وللمحافظة على شعائر الدين . ويقول ابن عابدين

بشأن هذا الموضوع فى رسالة « رسم المفتى » : وهذا ما أفتى به المتأخرون عن أبى حنيفة وأصحابه لعلمهم أن أبا حنيفة وأصحابه لو كانوا فى عصرهم لقالوا بذلك ورجعوا عن قولهم الاول «[1]» اهـ .

وكتب الفقه تعبر عن الاختلاف فى مثل هذه المسائل بأنه اختلاف عصر وزمان وتبدل عادة لا اختلاف حجة وبرهان . لان صاحب المذهب والقدامى من فقهاء المذهب لووجدوا فى الزمن الذى وجد فيه المتأخرون من العلماء لقالوا بما قاله المتأخرون ولأفتوا بمثل فتواهم . وقد جاء فى التقرير الذى رفعته لجنة العلماء التى وضعت مواد المجلة العدلية الى المرحوم عالى باشا الصدر الاعظم فى غرة محرم سنة ١٢٨٦ ما نصه : فانه بتبدل الاعصار تتبدل المسائل التى يلزم بناؤها على العادة والعرف مثلا : كان عند المتقدمين من الفقهاء اذا أراد أحد شراء دار اكتفى برؤية بعض بيوتها . وعند المتأخرين لابد من رؤية كل بيت منها على حدته . وليس هذا الاختلاف مستندا الى دليل بل هو ناشىء عن اختلاف العرف والعادة فى أمر الانشاء والبناء . وذلك أن العادة قديما فى انشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية على طراز واحد . فكانت رؤية بعض البيوت على هذا تغنى عن رؤية سائرها . وأما فى هذا العصر فلان العادة جرت بأن تكون الدار الواحدة مختلفة فى الشكل والقدر . لزم عند البيع رؤية كل منها على الانفراد . وفى الحقيقة فاللازم فى هذه المسألة وأمثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشترى . ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع فى مثل هذه المسألة المذكورة تغييرا للقاعدة الشرعية . وانما تغير الحكم فيها بتغير أحوال الزمان فقط .

وفى ختام البحث نرى مما تحسن الاشارة اليه أن الاحكام الشرعية المنصوص عليها من الكتاب والسنة قليلة بالنسبة للاحكام الاجتهادية لان الشارع آثر الاجمال على التفصيل فيما شرع من أحكام المعاملات واكتفى

---

(١) رسم المفتى ص ١٣ ـ ١٤

بالقواعد العامة التى وضعها والمقاصد الكلية التى ينشدها فى تشريعاته ــ وقد سبق أن بينا سبب هذا الاجمال وعدم التعرض لتفصيل الاحكام الجزئية ــ ولذا نجد آيات الاحكام الواردة فى القرآن الذى هو الاصل والمصدر الاول للاحكام الشرعية قليلة جدا بالنسبة لمجموع الايات القرآنية حيث ان الآيات القانونية فى كل الاعمال التى تصدر من الانسان من عبادات ومعاملات على اختلاف أنواعها وتعدد نواحيها لاتكاد تبلغ خمسة فى المائة من عدد آيات القرآن المشتمل على ٦٢٣٦ آية على طريقة الكوفيين التى اتبعت فى عد آياته . وحث الشارع على الاجتهاد لمعرفة أحكام الحوادث الجزئية واستنباطها من القواعد العامة والمقاصد الكلية . وان علماء الاصول قرروا أن الاحكام المستفادة من النصوص الشرعية يجوز تخصيصها بالعرف العام وهذا محل اتفاق بينهم وذهب بعض علماء الحنفية الى جواز تخصيصها بالعرف الخاص وان الاحكام الاجتهادية قابلة للتغيير بالعرف العام والعرف الخاص . وهذه المرونة فى التشريع الاسلامى كانت سببا فى أن الفقه الاسلامى يساير فى كل العصور تطورات الزمن ويتمشى مع مقتضيات الحياة على اختلاف صورها والوانها ويسترسل على جميع الوقائع والحوادث المتجددة فى كل زمان ومكان ولا يقف أمامها جامدا ولاتضيق قواعده وأصوله العامة بحاجات الناس ولا تعجز عن حل مشاكلهم الاجتماعية والفردية فى مختلف الشئون . مهما تغيرت الاحوال وتبدلت الظروف ومهما تطورت وسائل المعاملات بين الناس وتعددت صور الحياة وتنوعت مطالبها . ولهذا كانت الشريعة الاسلامية خاتمة الشرائع وأكملها وكتب لها الخلود والبقاء الى يوم الدين . وقد صدق الله العظيم فى قوله : ويرى الذين أوتوا العلم الذى أنزل اليك من ربك هو الحق ويهدى الى صراط العزيز الحميد «[1]» .

عمر عبد الله

---

(١) سورة سبأ الآية رقم ٦

بحث مقارن

حرية تكوين الجمعيات
فى
انجلترا وفرنسا ومصر

للدكتور سعد عصفور
مدرس القانون العام بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية

نبذة عن البحث

مقدمة عامة

يسلم الرأى القانونى الحديث بكثير من الحقائق التى كانت فى القديم محلا للنظر وموضوعا للجدل والنقاش . ولعل من أبرز هذه الحقائق الاعتراف للافراد بحقوقهم وحرياتهم الأساسية .

فالأنظمة التى سادت فى العهود البائدة قامت على السلطان المطلق وأنكرت على الفرد حقوقه وحرياته . ثم كان النضال بين الفرد والدولة الذى تنوعت صوره وأساليبه تبعا للظروف الخاصة بكل دولة .

ولانجلترا فضل السبق فى انصاف الحريات الفردية كما تشهد بذلك وثائق العهد الأعظم لسنة ١٢١٥ Magna Charta وملتمس الحقوق لسنة ١٦٢٨ Petition of Rights ، ومشروع الحقوق لسنة ١٦٨٨ Bill of Rights. أما فرنسا فقد تراخى الكفاح الدستورى فيها قرنا من الزمان الا أن المثل الفردية التى استوحاها ذلك الكفاح والنزعة الدولية التى اصطبغ بها ــ كفلا له فى هذا المضمار أثرا محمودا وانتشارا واسعا .

وعلى هذا النحو يبدو من المفيد لأغراض الدراسة المقارنة فى مجال الحريات الفردية ادخال كل من انجلترا وفرنسا طرفا فيها ــ اذ تدين الحريات لاحدى الدولتين بتاريخها الأول وتدين للثانية بقوامها الفلسفى .

ولقد بات من المسلم أن أى نظام للحكم لايمكن أن يعد ديموقراطيا الا اذا وفر للافراد قدرا متيقنا من الحريات . ومن أهم مايتضمنه هذا القدر حرية تكوين الجمعيات .

والجمعية بمعناها العام هى اتفاق بين شخصين أو أكثر على تحقيق ربح مادى أو غرض آخر ــ فتشمل بذلك الشركة . ولكن المقصود فى

صدد هذا البحث هو الجمعية بمعناها الفنى أى حين لايكون الغرض من تكوينها الحصول على ربح مادى «[١]» .

ولقد عنى المشرع الفرنسى بايراد تعريف للجمعيات فنص فى المادة الأولى من القانون الصادر فىأول يوليو سنة ١٩٠١ بأن الجمعية « اتفاق يتعهد بموجبه شخصان أو أكثر بأن يخصصوا معلوماتهم أو نشاطهم بصفة دائمة لتحقيق غرض غير اقتسام الارباح » «[٢]» .

وحرص المشرع المصرى على أن يورد تعريفا للجمعيات فى القانون المدنى الجديد «[٣]» استقاه من القانون الفرنسى ـ وضمنه المادة ٤١ التى تنص على أن الجمعية « جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادى » .

وكل من التعريفين يضع ضابطا دقيقا للتفرقة بين الجمعية والاجتماع من جهة وبين الجمعية والشركة من جهة أخرى . فبينما تتميز الجمعية association بصفتها المستمرة عن الاجتماع réunion الذى لا يتم الا بصورة عرضية ومؤقتة«[٤]» ، نجد أنها تتميزعنالشركة société بحكم

---

(١) يراجع فى التمييز بين الجمعية والشركة : العقود المدنية الصغيرة للدكتور محمد كامل مرسى . الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ . ص ١٤٥ ، شرح القانون التجارى للدكتور محمد صالح .الجزء الاول . الطبعة السابعة سنة ١٩٤٩ . ص ٢٤٤ ، الوسيط فى القانونالتجارى للدكتور محسن شفيق. الجزء الاول . الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ . ص ٣٨٠ .

(٢) « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ».

(٣) لم يكن القانون القديم يعرف الجمعيات ولكنه احتوى كالقانون المدنى الفرنسى على تعريف للشركات ـ أنظر مبادىء العلوم القانونية للدكتور محمد على عرفه . سنة ١٩٤٢ . ص ٣٤٠ .

(٤) للتوسع فى معنى الاجتماع راجع بحثنا المقارن فى حرية الاجتماع المنشور بمجلة مجلس الدولة . السنة الثالثة . يناير سنة ١٩٥٢ ، ص ص ٢٢٧ ـ ٢٩٩ .

انصرافها عن تحقيق الربح المادى لأعضائها »[1] .

والجمعيات بهذا التحديد هى روح الجماعة وقلبها النابض بقدر ما هى سبيل الأفراد الى الارتفاع بمستواهم وتنمية مداركهم وملكاتهم فى مختلف نواحى النشاط الانسانى . فحرية تكوين الجمعيات اذن ضرورة لاغنى عنها سواء بالنسبة الى الجماعة أو بالنسبة الى الأفراد .

وليس أدل على أهميتها من النص عليها صراحة فى الاعلان الدولى لحقوق الانسان Universal Declaration of Human Rights «[2]» الذى أقرته الجمعيةالعمومية لهيئة الأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ — والتزمت بمقتضاه الدول الموقعة بأن تأخذ بمضمونه فى قوانينها الداخلية. ومن ثم يصح القول بأن حرية الجمعيات أصبحت ثابتة للأفراد **فى نظر القانون الدولى العام على الاقل** ، بمعنى أنها لم تعد رهن ارادة المشرع الوطنى ان شاء منحها اياهم وان شاء أنكرها عليهم .

وهدف هذا البحث هو دراسة **التنظيم التشريعى المستقر** لحرية تكوين الجمعيات فى انجلترا وفرنسا ومصر . ولتحديد المقصود بالتنظيم التشريعى المستقر يجدر بنا أن نشير الى أن الأحكام الخاصة بحرية تكوين الجمعيات على نوعين : أحكام تهدف الى تنظيم تلك الحرية فى الظروف العادية بصورة مستقرة — وهى الغالبة ، وأخرى تهدف الى تنظيمها فى ظروف استثنائية بصورة عارضة كما هو الشأن بالنسبة الى الأحكام التى تطبق فى أوقات الحروب أو فى أثناء قيام الأحكام العرفية . وتخرج الأحكام الأخيرة عن نطاق هذا البحث اذ المشاهد أنها أحكام عابرة تزول بزوال

---

(١) يميز القانون الانجليزى بين الجمعية بالمعنى العام association وبين الاجتماع meeting على النحو المبين فى المتن . كما انه يميز بين الجمعية بمعناها الفنى والشركة وان كان هذا التمييز لايبدو لاول وهلة بسبب اختلاط التسميات فى هذا الصدد ولا سيما company, society .

(٢) تنص المادة العشرون من الاعلان على أن لكل فرد حق الاجتماع فى هدوء وسكينة وحق تكوين الجمعيات
« the right to freedom of peaceful assembly and association »

الحالة التى تستوجب الالتجاء اليها .

على أنه فى مصر بالذات وان كانت الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية محل تطورات بعيدة المدى منذ نجاح ثورة الجيش فى ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، الا أن تلك التطورات لم تمس جوهر التنظيم التشريعى المستقر لحرية تكوين الجمعيات . ويتضح ذلك على الأخص من مراجعة الاعلان الدستورى الصادر بتاريخ ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٢ من القائد العام للقوات المسلحة بصفته رئيس حركة الجيش . فقد جاء فى هذا الاعلان على لسان القائد العام :

« وهأنذا أعلن باسم الشعب سقوط ذلك الدستور ، دستور سنة ١٩٢٣ » .

« وانه ليسعدنى أن أعلن فى نفس الوقت الى بنى وطنى أن الحكومة آخذة فى تأليف لجنة تضع مشروع دستور جديد ، يقره الشعب ، ويكون منزها عن عيوب الدستور الزائل محققا لآمال الأمة فى حكم نيابى نظيف سليم . **والى ان يتم اعداد هذا الدستور** ، تتولى السلطات فى فترة الانتقال التى لابد منها حكومة عاهدت الله والوطن على أن ترعى صالح المواطنين جميعا دون تفريق أو تمييز ، مراعية فى **ذلك المبادىء الدستورية الهامة** » .

وعلى هذا النحو يمكن القول بأن التنظيم التشريعى المستقر لحرية تكوين الجمعيات فى مصر لايزال قائما رغم سقوط الدستور — استنادا الى المبادىء الدستورية الهامة التى أوجب الاعلان الدستورى مراعاتها والتقيد بها . وفضلا عن ذلك فان قوام التنظيم المذكور — على ما سيأتى بيانه — أحكام صدرت بها قوانين عادية ، ومن المسلم أن القوانين التى تصدر صحيحة فى ظل دستور ما تبقى نافذة وان سقط الدستور التى استندت اليه «[1]» .

(١) ومما يؤكد هذا النظر انه — والبحث قيد النشر — صدر الاعلان الدستورى المؤرخ فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ من القائد العام للقوات المسلحة وقائد ثورة الجيش بشأن تنظيم الحقوق والواجبات لجميع المواطنين فى فترة الانتقال . وقد نص هذا الاعلان فى مادته الثالثة على أن « الحرية الشخصية وحرية الرأى مكفولتان فى حدود القانون » .

واذا تلمسنا النصوص القـانونية التى تنظم حرية تـكوين الجمعيـات نجـد أن أبرز ما يواجهنـا فى **النظام الانجليزى عموما** ارتبـاط الأفكار القانونية فيه ارتباطا لايكاد يستشعر معه بما ساد معظم الدول من تقسيم للقانون الى عام وخاص . ويتضح هذا الارتباط جليـا فى مجال الحقوق والحريات الفردية . فيذكر العلامة ديسى تسجيلا لهـذه الظاهرة الجديرة بالاعتبار أن « ... القواعد التى تنـدرج تحت المجموعة الدستورية فى الدول الأجنبية ليست عندنا مصدرا للحقوق الفردية بل وليدة تحـديد المحاكم لتلك الحقوق وقضائها فيهـا . والخلاصة أن المحاكم والبرلمـان عندنا قد عملا على توسيع مبادىء القانون الخاص بحيث تنظم مركز التاج وأتباعه ، وهكذا انبثق الدستور من القانون العادى فى الدولة » [(1)] .

فالمناط فى تنظيم حرية تكوين الجمعيات فى انجلترا اذن هو القـانون العادى Common Law بما يتضمنه من قواعد عرفية ومكتوبة . أما القواعد العرفية فى مجال الحريات عموما فمستقرة على أن كل ماليس محظورا فهو مباح . وأما القواعد المكتوبة فترجع بصفة رئيسية الى قانون الشركات Company Act الذى سن نظـاما خاصا للجمعيات فى سـنة ١٩٢٩ ثم استبقاه عند تعديله مؤخرا فى سنة ١٩٤٨ .

اما فى فرنسا فيحكم الجمعيات أساسـا قانون يرجع تاريخه الى أول يوليو سنة ١٩٠١ . ولم يكن صدور هـذا القانون بالأمر غير المتوقع اذ سبقته رغبـة جارفة ــ طال عليهـا الوقت ــ فى أن يوجد قانون شـامل للجمعيات يحقق من الحرية قسطا يتلاءم والأحوال الاجتماعية المتطورة . واستجـابة لتلك الرغبة قدمت مشروعات لاتقل فى مجموعهـا عن الاثنين والثلاثين ، ولكن لم يقدر سوى لمشروع والدك روسو Waldek - Rousseau أن يرى النفاذ بعد أن استهدف لكثيرمن النقد والتعديل فى داخل البرلمان.

وفى مصر نصت المادة ٢١ من دستور ١٩٢٣ على أن « للمصريين حق

---

(١) انظر ص ٢٠٣ من Dicey A. V. Law of the Constitution, 9th. edit., London 1948.

تكوين الجمعيات وكيفية استعمال هذا الحق يبينها القانون » «١» . ولقد وردت هذه المادة تحت الباب الثانى الذى أفرده الدستور لحقوق المصريين وواجباتهم . ولم يكن النص على حقوق الأفراد من جانب المشرع الدستورى الا مقررا لحقوق ثابتة لهم من قبل ، كما شهد المشرع نفسه بذلك فى المذكرة التفسيرية لمشروع الدستور «٢» .

وأكدت محكمة القضاء الادارى هذا النظر فى القضية رقم ١٩٠ لسنة ٣قضائية «٣» اذ أعلنت أن « للمصريين حق تكوين الجمعيات بلا حاجة الى قانون يستمدون منه هذا الحق ويباشرونه مطلقا ما دام لم يرد عليه حد أو يقيده قيد . وبالفعل جرت المحاكم قبل الدستور وبعده على كفالة هذا الحق فى اطلاقه وتقرير النتائج المترتبة عليه ... » .

فحرية تكوين الجمعيات اذن حرية أصيلة لايملك المشرع أن ينكرها عليهم أو ينازعهم فيها ، وان ساغ له أن ينظم استعمالها فى حدود الدستور .

وتمثلت أول محاولة من جانب المشرع لتنظيم استعمال هذه الحرية فى القانون رقم ٢٧ بتاريخ ٥ يوليو سنة ١٩٢٣ بشأن شركات التعاون الزراعية . وعاد المشرع الى تنظيم الجمعيات التعاونية فأصدر فى

---

(١) فسرت هذه المادة على هدى نصها الفرنسى الذى يكفل للمصريين « حق تكوين اى جماعات le droit de s'associer» لا مجرد الجمعيات بالمعنى الضيق . واكدت الاعمال التحضيرية هذا التفسير اذ كان النص العربى للمادة فى الاصل يكفل للمصريين « حق الاشتراك » عموما ولم يعدل عنه الا بدافع الاستحسان فى الترجمة .

(٢) راجع ص ٤٦٧ من تاريخ الحياة النيابية فى مصر لمحمد خليل صبحى. الجزء الخامس سنة ١٩٣٩ .

(٣) بشأن طلب جمعية الاخوان المسلمين وقف تنفيذ القرار الصادر من وزارة الداخلية بشراء دار المركز العام ليكون مقرا لقسم بوليس الدرب الاحمر. وقد قضت المحكمة بوقف تنفيذ القرار المذكور بجلسة ١٧ سبتمبر سنة ١٩٥١ .

شأنها القانون رقم ٣٣ بتاريخ ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ الذى ألغى به القانون المتقدم «١» .

وفى ٨ مارس سنة ١٩٣٨ صدر المرسوم بقانون رقم ١٧ بشأن حظر الجمعيات والجماعات شبه العسكرية . وفى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ صدر القانون رقم ٥٨ بشأن الجمعيات التعاونية الذى ألغى القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٧ والذى لايزال معمولا به . وفى ١٢ يوليو سنة ١٩٤٥ صدر القانون رقم ٤٩ بشأن الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية .

على أنه بازدياد عدد الجمعيات وتنوع أغراضها واتساع نطاق مايملكه بعضها من أموال ، أظهر العمل عدم كفاية التشريعات المتقدمة لاقتصارها على تنظيم طوائف معينة من الجمعيات . وما فتئت الحاجة ماسة الى ايجاد تنظيم عام للجمعيات حتى استجاب لها المشرع بما أورده من أحكام فى القانون المدنى الحالى ، والذى صدر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ وان لم يوضع موضع النفاذ الا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ «٢» .

فالقانون المدنى اذن هو القانون العام للجمعيات ويجب الرجوع اليه والتقيد بأحكامه الا اذا كان هناك قانون آخر أولى منه بالتطبيق سواء كان ذلك القانون سابقا عليه أو لاحقا له .

---

(١) أصدرت حكومة زيور فى ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٢٥ مرسوما بقانون فى شان تنظيم الجمعيات والاحزاب السياسية ولكن لم يعمل به ــ انظر ص٢٤٧ من « مذكرات فى السياسة المصرية » للدكتور محمد حسين هيكل ، الجزء الاول سنة١٩٥١ وص‌ص ٢٣١ــ٢٣٥ من كتاب « فى أعقاب الثورة المصرية » للاستاذ عبد الرحمن الرافعى ، الطبعة الاولى سنة ١٩٤٧ . هذا وقد صدر فى ٩ سبتمبر الماضى المرسوم بقانون رقم ١٧٩ لسنة ١٩٥٢ بتنظيم الاحزاب السياسية ولكنه الغى مؤخرا استنادا الى الاعلان الدستورى الصادر فى ١٧ يناير سنة ١٩٥٣ بحل جميع الاحزاب السياسية ومصادرة اموالها لصالح الشعب وتحديد فترة انتقال لمدة ثلاث سنوات . ولما كان الاعلان الدستورى وكذلك المرسوم بقانون المذكور من قبيل الاحكام الاستثنائية فانهما يخرجان من نطاق هذا البحث .

(٢) راجع المواد ٥٤ ــ ٦٨ و٩٧ ــ ٨٠ من القانون المدني .

ويؤكد هذا النظر أمران : أولهما أن المادة ٨٠ من القانون المدنى نصت على أن الجمعيات الخيرية والتعاونية والمؤسسات الاجتماعية والنقابات ينظمها القانون . وثانيهما أن المشرع صرح فى المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى بأنه اقتصر على « ايراد قواعد عامة ترسم للجمعيات والمؤسسات الحدود التى ينطلق فيها نشاطها لتحقيق أغراضها ... على أن هذا لايعنى أن القواعد المتقدم ذكرها تستنفد نظام الجمعيات بأسره ، أو تعتبر دستورا جامعا مانعا ، فللدولة توخيا لحماية السلام الاجتماعى من شوكة بعض الجمعيات أو رعاية لأغراض اقتصادية أن تنظم وجود العمليات بصورة أكثر تفصيلا ، وأن تحد من الأهلية التى يخولها اياها هذا المشروع، وهذا كان بمقتضى تشريعات خاصة لها صبغتها الادارية أو الاقتصادية أو الاجتماعية . والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بتنظيم الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية ليس بالمثال الوحيد الذى يمكن أن يساق فى هذا الصدد » «[١]» .

ولم يكن القانون المدنى هو آخر ما أصدره المشرع خاصا بالجمعيات. ففى ٧ سبتمبر سنة ١٩٤٩ صدر القانون رقم ١٩٥٢ بشأن الأندية ، وفى ٢٦ ابريل سنة ١٩٥١ صدر القانون رقم ٦٦ بشأن الجمعيات ذات الأغراض الاجتماعية والدينية والعلمية والأدبية اذا كان عدد أعضائها يزيد على عشرين شخصا طبيعيا «[٢]» .

فالقواعد التى تحكم الجمعيات فى مصر منها مايسرى على الجمعيات عموما ويشملها القانون المدنى ، ومنها ما يقتصر على تنظيم طوائف معينة من الجمعيات وتتضمنها القوانين المتقدم ذكرها .

---

(١) انظر ص ٣٧٠ من مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، وزارة العدل ، الجزء الاول .

(٢) ويستثنى من احكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ ثلاث طوائف من الجمعيات وهى : الجمعيات التى تصدر مراسيم باعتماد نظمها ، وجمعيات النشاط المدرسى ، والجمعيات التى تخضع لقوانين خاصة ـ انظر المادة الاولى من القانون .

هذا ولحرية تكوين الجمعيات ناحيتان رئيسيتان : احداهما جنائية والأخرى مدنية • فالناحية الجنائية تتصل بمدى مشروعية تكوين الجمعيات أما الناحية المدنية فتتناول حياة الجمعيات القانونية نشأة وانقضاء • وفى كلا الناحيتين على السواء يجد المشرع نفسه بين اعتبارين متعارضين يحاول كلا منهما أن ينال من تقديره النصيب الأوفى : الاعتبار الفردى أو الحرية ، والاعتبار الجماعى أو النظام • والمسلك التشريعى السليم هو الذى يفلح فى التوفيق والموازنة بين هذين الاعتبارين • فالمبالغة فى الاطلاق بدعوى الحرية تعرض كيان الجماعة لخطر الفوضى كما أن الاسراف فى التقييد بدعوى النظام يهدد شخصية الفرد وحريته •

فدراسة حرية تكوين الجمعيات تقتضى تفصيل ناحيتها الرئيسيتين • ومن ثم يكون من الملائم أن نقسم هذا البحث الى فصلين نخصص أولهما للنظر الجنائى لحرية تكوين الجمعيات ، والثانى للتنظيم المدنى لتلك الحرية •

الفصل الأول

التنظيم الجنائى لحرية تكوين الجمعيات فى انجلترا

مبدا الحرية

للافراد فى انجلترا حق تكوين الجمعيات لا استنادا الى نص قانونى معين وانما الى عرف مستقر باباحة كل ما لم يقم فى شـأنه الحظر . فمن حق الأفراد اذن أن ينشئوا من الجمعيات ما شاءوا وأن يوجهوا نشاطها الى ما عن لهم من أغراض ـ وذلك من غـير اخلال بالقيود التى فرضها القـانون .

القيود الواردة على الحرية

يمكن أن تقسم هذه القيود الى طائفتين رئيسيتين : قيود واردة على تأليف الجمعيات ، وأخرى واردة على نشاطها .

اولا ـ القيود الواردة على تاليف الجمعيات وتتمثل فى حظر نوعين من الجمعيات:

أ ـ الجمعيات شبه العسكرية quasi-military organisations

كان من جراء اشتداد الدعوة الى الفاشية على أيدى السير أوز والد موزلى Sir Oswald Mosley وتنظيمه لحملات عدائية ضـد اليهود فى شرق لندن ـ أن صدر قانون النظام العام سنة ١٩٣٦ Public Order Act «[١]» .

---

(١) انظر : Stephen's Commentaries on the Laws of England, vol. IV, 21st. edit., Lodon 1950, ص ١٤٠

Ridges E.W., Constitutional Law, 8th. edit., Lodon 1950, ص ١٩٠

Philips O.H., Constitutional Laws of Great Britain, 6th. edit., London 1947, ص ٤٨٦

ويحظر هذا القانون الهيئات التى يكون لها ـ سواء من حيث تنظيمها أو من حيث تدريب أعضائها أو تجهيزهم ـ صبغة شبه عسكرية ، اذا كان يقصد بها استعمال القوة البدنية لخدمة غرض سياسى معين . ويعاقب القانون كل من يرتدى فى اجتماع أو فى ميدان عام ملابس ترمز الى اشتراكه فى احدى الهيئات السياسية أو تنبىء عن ترويجه لغرض سياسى ما .

ب ـ **الجمعيات غير المشروعة :** ويرجع حظرها الى عهد الملك جورج الثالث حين نشأت جمعيات سياسية عديدة بقصد قلب نظام الحكم وتأييد الحركات القوميـة بين الدويلات الداخلة فى المملكة المتحدة ، اذ صـدر قانون الجمعيات غير المشروعة سنة ١٧٩٩ Unlawful Societies Act «١» .

وقد قضى هذا القانون فى مادته الاولى بحل الجمعيات السياسية القائمة حينذاك ووصفها بأنها تكتلات غير مشروعة تناهض الحكومة وتعكر السلام والأمن العام «٢» .

ونص القانون فى مادته الثانية على تحريم الجمعيـات التى تتطلب من أعضائها أيمانا غير مشروعة بالمعنى الذى حدده قانون سنة ١٧٩٧ أو التى تحيط بالسرية أسماء أعضائها أو موظفيها أو لجانها أو فروعها . وبمراجعة قانون الأيمان غير المشروعة الصادر فى سنة ١٧٩٧ والمكمل بقانون سـنة ١٨١٢ «٣» يبين أنه يعاقب على التعاهد أو التحالف بأية صـورة لتحقيق أغراض ذات طابع فتنى أو ثورى ، أو للانضمام الى جمعيات أو هيئـات

---

(١) أنظر ص ص ١٢٥ ـ ١٢٨ من Russsel W.O., Felonies and Miademeanors, vol. I, 9th edit., London 1936.
وص ص ٣٠٩ ـ ٣١٠ من Halsbury, Laws of England vol. IX, 2nd. edit, London 1933.

(٢) وهذه الجمعيات هى : United Englishmen, United Scotsmen, United Irishmen, United Britons, the London and other Corresponding Societies

(٣) Unlawful Oaths Act

تخدم هذه الأغراض ، أو للتستر على تلك الجمعيات والهيئات ، أو لتأييد أشخاص لايستمدون سلطتهم من القانون .

ثانيا ـ القيود الواردة على نشاط الجمعيات : تتقيد الجمعيات فى نشاطها أسوة بالأفراد وسائر الهيئات بنصوص قانون العقوبات وتلتزم بمراعاة الحدود التى أقامها .

ويخرج عن نطاق هذا البحث أن نبين هذه الحدود أو نشرح تلك النصوص . على أن ثمة اعتبارات توجب الاهتمام بجريمة بالذات هى جريمة الاتفاق الجنائى أو المؤامرة . فهذه الجريمة قد نشأت فى معظم الدول نتيجة لنشاط الجمعيات ، وهى فى انجلترا من أكثر الجرائم التى تستهدف لارتكابها الجمعيات .

الاتفاق الجنائى Conspiracy : وينقسم من حيث الغرض المقصود منه الى عام وخاص . فالاتفاق العام هو الذى يقصد به ارتكاب أى فعل غير مشروع أما الاتفاق الخاص فيقصد به ارتكاب الجرائم الخطيرة الموجهة ضد أمن الدولة .

الاتفاق الجنائى العام : يعرف الاستاذ كينى Kenny الاتفاق الجنائى بأنه اتحاد شخصين أو أكثر على ارتكاب فعل غير مشروع سواء كان ذلك الفعل هو غرضهم النهائى أو مجرد وسيلة الى تحقيق ذلك الغرض «[1]» .

(١) راجع فى موضوع الاتفاق الجنائى مايلى :
Kenny C.S., Outlines of Criminal Law, 15th. edit., Cambridge 1947, ص ص ٣٣٥ ـ ٣٤٢
Stephen's Commentaries on the Laws of England, vol. IV, ص ص ١٦٥ ـ ١٦٩
Russel, Felonies and Misdemeanors, vol. II, 9th. edit., London 1936, ص ص ١٤٢٩ ـ ١٤٦٠
Halsbury, Laws of England, vol. IX, ص ص ٤٣ ـ ٤٨
English and Empire Digest, vol. XIV, London 1924, ص ص ١١٠ ـ ١٢٥

فالاتفاق الجنائى يستلزم تعددا فى الأشخاص اذ لايتصور أن ينفرد شخص بالاتفاق مع نفسه . وعلى هذا النحو جرى القضاء على عدم اعتبار جريمة الاتفاق قائمة فيما بين الزوجين لمعاملتهما كشخص واحد وان اعتبرها كذلك اذا انضم اليهما طرف ثالث .

وليس يكفى للعقاب على الاتفاق الجنائى مجرد اتجاه النية الى ارتكاب فعل غير مشروع كما أنه لايشترط أن يقوم الجناة بعمل يوصل الى تحقيقه ، وانما يجب على الاقل أن يتراضى هؤلاء على ارتكابه ولو لم يستقروا على الكيفية التى يرتكب بها أو يعينوا شخصية المجنى عليه .

على أن الصعوبة تعرض فيما يختص بموضوع الاتفاق الجنائى اذ ما هو المقصود بعدم مشروعيته Unlawfulness ؟ ان السبيل الى تحديد ذلك المقصود هو استقراء الاحكام القضائية فى هذا الشأن . وتثبت هذه الاحكام عدولا من جانب المحاكم عما كانت تسير عليه فى القرنين السابع والثامن عشر من توسع مسرف فى تحديد المقصود بعدم المشروعية . كما تثبت أيضا أن المقصود بعدم المشروعية هو مخالفة الفعل للقانون **سواء عدت هذه المخالفة فى ذاتها جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات او لم تعد كذلك .**

الاتفاق الجنائى الخاص : وهو الذى يكون الغرض منه ارتكاب احدى الجرائم الخطيرة الموجهة ضد أمن الدولة ، وتطلق عليه تسمية خاصة تمييزا له عن « الاتفاق الجنائى العام » ــ هى المؤامرة ذات الطابع الفتنى Seditious Conspiracy «[1]» .

ويلزم فى الجرائم موضوع الاتفاق الجنائى الخاص أن تتوافر على

---

(١) انظر ص ص ٣٠٢ ــ ٣٠٦ من
Halsbury, Laws of England, vol. IX

و ص ص ١٤٣٦ ــ ١٤٣٩ من
Russel, Felonies and Misdemeanors, vol II,

قصد اثارة الفتنة Seditious intention • والقضاء مستقر على أن هذا القصد يتحقق فى الاحوال الآتية : التحريض على كراهة أو ازدراء الملك أو نظام الحكم أو الدستور أو أحد مجلسى البرلمان أو المحاكم ، التحريض على احداث تغييرات فى النظم الأساسية للدولة أو الكنيسة بوسائل غير مشروعة ، التحريض على ارتكاب احدى الجرائم المخلة بالامن العام ، اثارة السخط وعدم الرضا بين الافراد ، وأخيرا اثارة العداوة والبغضاء بين مختلف الطبقات فى الشعب •

فى فرنسا .

مبدا الحرية

لم يعترف المشرع الفرنسى للافراد بحق تكوين الجمعيات الا منذ صدور قانون سنة ١٩٠١ ، وذلك بعد أن انقضت مراحل متعددة تردد فيها بين تقريره وانكاره • فلكى تتفهم التنظيم الذى استحدثه قانون سنة ١٩٠١ على الوجه السليم يجدر بنا أن نلم بالمراحل التى سبقته ومهدت الطريق لتشييده •ويمكن أن نلخص أهم هذه المراحل فيما يلى :

ماقبل الثورة الفرنسية : لم يكن القانون يعترف بحرية الجمعيات • فمجموعة ميشو لسنة١٦٢٩ Code Michau مثلا حظرت « تكوين هيئات أو جمعيات أيا كانت » وقررت كعقوبةعلى مخالفة هذا الحظر الاعدام والمصادرة العامة للاموال •ومنشور أغسطس لسنة ١٧٤٩ أكد ذات الحظر وتطلب لنشوء اية هيئة أو جمعية ذات صفة دينية أو غير دينية اذنا ملكيا صريحا «[١]» •

عصر الثورة : ليس فى اعلانات حقوق الانسان ولا فى دساتير عصر الثورة أى ذكر صريح لحق تكوين الجمعيات • أما ما نص عليه قانون

(١) ص ٣٧٩ من Colliard C., Les Libertés Publiques, Paris 1950.

١٣ نوفمبر سنة ١٧٩٠ من أن « للمواطنين حق الاجتماع فى هدوء وسكينة وحق تكوين الجمعيات الحرة فيما بينهم » فكان خاصا بالاجتماعات réunions «(١)» . واذا كان المشرع قد أورد اسم الجمعيات الحرة sociétés libres فانما قصدفى واقع الامر النوادى السياسية clubs التى كانت آنذاك أقرب الى الاجتماعات منها الى الجمعيات بالمعنى الصحيح .

والحق أن المشرع فى عصر الثورة كان يأبى الاعتراف بحق تكوين الجمعيات لتأثره بالفلسفة الفردية النزعة التى شيدتها أقلام كتاب القرن الثامن عشر . ويكفى أن نشير هنا الى ماذكره جان جاك روسو فى كتابه العقد الاجتماعى من أنه « يجب .. حتى يتسنى الاهتداء الى الارادة العامة ألا توجد جميعات خاصة sociétés particulières فى الدولة وأن يبدى كل مواطن رأيه بنفسه » «(٢)» .

ولم يكن عامل الحرص على تفادى الواسطة بين الدولة والافراد هو وحده الذى حفز المشرع الى حظر تكوين الجمعيات وانما كان هناك عامل آخر لايقل عنه أهمية واعتبارا . فقدم كان المشرع يرتاب فى أمر الجمعيات ويخشى من أن تصبح بفضل توحيدها لجهود أعضائها واخضاعهم لسيطرتها منافسا خطيرا للدولة ذاتها وأداة بطش واعتداء على حريات الأفراد .

مابعد الثورة : ازداد ارتياب المشرع فى أمر الجمعيات خلال القرن التاسع عشر وتفاقمت خشيته منها فضمن قانون العقوبات الصادر سنة ١٨١٠ نصوصا تنظم مسئولية تكوينها من الناحية الجنائية .

فقضت المادة ٢٩١ بأن أية جمعية تزيد على العشرين شخصا ويكون الغرض منها الاجتماع يوميا أو فى أيام معينة والاشتغال بأمور دينية أو أدبية أو سياسية أو غيرها ــ لايجوز تأليفها الا بعد الحصول على ترخيص

---

(١) راجع ماسبق انبيناه فى المقدمة مناختلاف الاجتماعات عن الجمعيات.

(٢) Contrat Social, liv. II, chap. 3.

من الحكومة بذلك ووفقا للشروط التى تفرضها عليها . وقررت المواد ٢٩١ — ٢٩٤ كجزاء على مخالفة هذه القيود حل الجمعية وعقاب القائمين على تأليفها وادارتها «١» .

ورغم ما نزعت اليه النصوص المذكورة من تشدد ظاهر فان الأفراد لم يعدموا الوسيلة لتفادى تطبيقها . ذلك أنها تطلبت لسريانها أن تكون الجمعية مؤلفة من أشخاص يتجاوز عددهم العشرين وأن تعقد اجتماعاتها بصورة فيها نوع من الانتظام . فعمد الأفراد الى تأليف جمعيات راعوا فيها أن تقسم الى فروع تحمل أسماء مختلفة ولا يزيد عدد أعضاء كل منها على العشرين ، كما راعوا أن تتجرد اجتماعاتها عن صفة الانتظام بتحديد مواعيد لها تفصل بينها فترات زمنية متباعدة .

وأحس المشرع بتحايل الافراد على أحكام المادة ٢٩١ عقوبات فأصدر قانون ١٠ ابريل سنة ١٩٣٤ الذى سحب بمقتضاه تلك الأحكام على الجمعيات « ولو انقسمت الى فروع لايتجاوز عدد الأشخاص المؤلفين لكل منها العشرين ، ولو لم تجتمع يوميا أو فى أيام معينة » . ولم يقنع المشرع بتوسيع نطاق المادة ٢٩١ على هذا النحو بل عزز أحكامها أيضا بفرض العقوبة على أعضاء الجمعية أسوة بالقائمين على تأليفها وادارتها وتشديد العقاب بالنسبة الى هؤلاء عما كان مقررا من قبل «٢» .

ثم كان أن نشبت ثورة سنة ١٨٤٨ فصدر دستور ٤ نوفمبر سنة ١٨٤٨ الذى نص فى مادته الثامنة صراحة على أن «للافراد حق تكوين الجمعيات» . على أن الاضطرابات السياسية التى تلت لم تمهل الاتجاه الحر كيما يستقر ويتدعم وانما أفضت الى صدور مرسوم بقانون ٢٥ مارس سنة ١٨٥٢ الذى أوجد تنظيما للجمعيات هو بعث للتنظيم الذى سبق أن فرضته المواد

---

(١) انظر ص ١٢١ من Garraud R., Traité du Droit Pénal Français, Tome 5, 3ème édit., Paris 1924.

(٢) ص ص ٦٤٠ — ٦٤٢ من Esmein A., Droit Constitutionnel, Tome II, 8ème edit., Paris 1928.

٢٩١ ـ ٢٩٤ عقوبات وكمله قانون ١٠ ابريل سنة ١٨٣٤ «[١]» .

فقد حظر المرسوم بقانون الجمعيات السياسية والسرية اطلاقا . أما الجمعيات الأخرى فأجاز تأليفها بدون ترخيص سابق من الحكومة اذا لم يتجاوز عدد أعضائها العشرين ، وتطلب منها فى غير ذلك الحصول على ترخيص سابق بتأليفها والتقيد بما تفرضه عليها السلطة العامة من شروط . وقرر المرسوم بقانون كجزاء على مخالفة تلك القيود حل الجمعية وعقاب أعضائها والقائمين على تأليفها وادارتها .

على أنه لم يكن مقدرا لهذا التنظيم بما انطوى عليه من رجعية أن يصمد طويلا أمام تيار التطور الذى سرى فى مختلف نواحى الحياة الاجتماعية فبصر المجتمع بمدى افتقاره لنشاط الجمعيات وكشف له عن ضرورة توفير قسط غير قليل من الحرية فى تكوينها .

وهكذا لاحت فى النصف الأخير من القرن التاسع عشر طلائع تحول جوهرى سواء من جانب الحكومة أو من جانب المشرع نحو انصاف الجمعيات . أما الحكومة فقد أظهرت من التساهل فى منح التراخيص الخاصة بتأليف الجمعيات ومن الاعتدال فى تقدير نشاطها ما أدى الى نشوء كثير منها وازدهار جهودها فى شتى الميادين . أما المشرع فقد أصدر قوانين عديدة خول بمقتضاها الأفراد حق تكوين الجمعيات لأغراض معينة دون حاجة الى أخذ ترخيص سابق ــ نذكر منها على الأخص قانون ١٥ يوليو سنة ١٨٥٢ المكمل بقانون أول ابريل سنة ١٨٩٨ بشأن جمعيات تبادل الانقاذ ، وقانون ٢١ يونيو سنة ١٨٦٥ بشأن الجمعيات النقابية للملاك ، وقانون ١٢ يوليو سنة ١٨٧٥ بشأن جمعيات التعليم العالى وقانون ٢١ مارس سنة ١٨٨٤ بشأن النقابات المهنية «[٢]» .

---

(١) ص ص ٥٦ ــ ٥٧ من Ducrocq T., Droit Administratif, Tome VI, 7ème édit., Paris 1905

(٢) ص ص ٣٨١ ــ ٣٨٣ من مختصر Colliard فى الحريات العامة .

على أنه مهما يكن من انصاف الحكومة والمشرع للجمعيات فان المـادة ٢٩١ عقوبات ظلت معمولا بها وطبقتها المحاكم فى مناسبات عديدة ولاسيما بالنسبة الى الجمعيات ذات الأغراض السياسية كما حدث سنة ١٨٩٩ حين قضت بحل اتحاد حقوق الانسان ligue de droits de l'homme واتحاد الوطن الفرنسى ligue de la Patrie française .

منذ سنة ١٩٠١ الى الوقت الحاضر : سجلت المادة الثانية من القانون الصادر فى سنة ١٩٠١ مبدأ حرية تكوين الجمعيات فنصت على أن « جمعيات الأشخاص تتكون بحرية ومن غير حاجة الى ترخيص أو اخطار سابق » «[١]» . وأكدت المادتان ٢١ و ٢٢ مبدأ الحرية بما نصا عليـه من حيث نسخ جميع القوانين المناقضة له وخاصة المواد ٢٩١ ـــ ٢٩٤ عقوبات وقانون ١٠ ابريل سنة ١٨٣٤ .

القيود الواردة على الحرية

اولا ــ القيود الواردة على تاليف الجمعيات : وتتمثل من جهـة فى حظـر قيام بعض الجمعيات اطلاقا ومن جهة أخرى فى حظر قيام البعض من غير ترخيص ادارى .

الجمعيات المحظورة اطلاقا وتشمل نوعين من الجمعيات :

الجمعيات شبه العسكرية : على أثر انتشار موجة الفاشـية فى معظم الدول سارع المشرع الفرنسى الى اصدار قانون ١٠ ينـاير سنة ١٩٣٦ فى شأن الجماعات المسلحة والقوات الخاصة groupes du combat et milices privées . ويجوز وفقا للمادة الأولى من هذا القانون أن تحل بمرسوم الجمعيـات والجماعات التى تحرض على القيـام بمظاهرات مسلحـة فى الطرقات ، أو التى يكون لها صورة التشكيلات شبه العسكرية أو القوات

---

(١) « Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalable » .

الخاصة مع استثناء الجمعيات المأذونة من الحكومة باعداد الافراد للخدمة العسكرية والجمعيات المشتغلة بالرياضة والتربية البدنية ، أو التى يكون الغرض منها المساس بوحدة البلاد أو تهديد نظام الحكم الجمهورى •

وتوجب المادة الثانية مصادرة مايكون فى حوزة الجمعيات والجماعات المذكورة من ملابس وشعار وشارات وأسلحة سواء استعملت أو كانت معدة للاستعمال •

جمعيات البغاه associations de malfaiteurs : تحظر المادة ٢٦٥ من قانون العقوبات تأليف جمعيات أو عقد اتفاقات يكون الغرض منها تحضير أو ارتكاب جنايات موجهة ضد الأشخاص أو الأملاك •

وتطبيق هذه المادة يستدعى توافر شروط معينة ويثير مسائل عديدة يحسن ارجاء الكلام فيها لحين تناول جريمة الاتفاق الجنائى •

الجمعيات المحظورة من غير ترخيص ادارى وهى الجمعيات الاجنبية associations étrangères : لم يكن قانون سنة ١٩٠١ يحوى الا اشارة عارضة الى الجمعيات الأجنبية فى مادته الثانية • على أن المرسوم بقانون ١٢ ابريل سنة ١٩٣٩ ألغى هذه المادة وأحل محلها عدة مواد أفرد لها بابا خاصا بها •

وتعرف المادة ٢٦ من القانون الجمعيات الأجنبية بأنها تلك التى تتخذ مركز ادارتها فى الخارج أو يكون مركز ادارتها فى فرنسا ولكن القائمين على ادارتها أو توجيهها بالفعل من الاجانب أو لايقل عدد الأجانب من أعضائها عن الربع • ويستثنى من المعاملة بالنظام المقرر للجمعيات الاجنبية تلك التى يعترف بأنها ذات نفع عام أو التى ينحصر الغرض من تأليفها فى الحث على مراعاة شعائر ديانة ما (المادة ٣٣) •

وتحظر المادة ٢٢ تأليف جمعيات أجنبية أو ممارسة أى نشاط باسمها

فى فرنسا الا بعد الحصول على ترخيص سابق من وزير الداخلية . وحيث يخالف هذا الحظر يعاقب القائمون على ادارة الجمعيات بالحبس مدة تتراوح بين سنة وخمس سنوات وغرامة تتراوح بين ٢٠٠٠ و ٣٦٠،٠٠٠ فرنك . أما من يشاركون فى نشاط الجمعية فيعاقبون بالحبس مدة تتراوح بين ستة أشهر وثلاث سنوات وغرامة تتراوح بين ٢٠٠٠ و ١٨٠،٠٠٠ فرنك .

ثانيا ــ القيود الواردة على نشاط الجمعيات : وتتمثل على الأخص فى جريمة الاتفاق الجنائى أو المؤامرة .

الاتفاق الجنائى العام : تنص المادة ٢٦٥ من قانون العقوبات على أنه « تعد جناية ضد الامن العام تأليف جمعية ــ أيا كانت مدتها ومهما كان عدد أعضائها ــ أو عقد اتفاق يكون الغرض منه تحضير أو ارتكاب جنايات ضد الأشخاص أو الأملاك » .

ولم تكن هذه المادة ــ عندما سنت سنة ١٨١٠ ــ تعاقب الا على الجمعيات الجنائية associations التى تتضمن معانى التنظيم والتبعية والاستمرار avoir une organisation hiérarchique et permanente. ومن ثم لم يتيسر عن طريقها العقاب على الجمعيات الفوضوية التى انتشرت على الأخص منذ سنة ١٨٨٥ ، لأن هذه الجمعيات كانت بعيدة عن كل تنظيم أو تبعية أو استمرار «[١]» . وهكذا صدر القانون المؤرخ فى ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ الذى وسع من نطاق نص المادة ٢٦٥ بحيث أضحى يعاقب على الاتفاق الجنائى سواء فى ذلك اتخذ شكل جمعية بالمعنى القديم أو لم يتخذ وكان مجرد انعقاد العزيمة أو اتحاد الارادة بين شخصين أو أكثر «[٢]» .

---

(١) من المعروف ان المبادىء الفوضوية لاتسلم بأفكار الرياسة أو التبعية او التنظيم .

(٢) راجع ص ٣ ومابعدها من مطول جارو فى القانون الجنائى ، الجزء الخامس . وص ٦٣٥ وما بعدها من
Garçon E., Code Pénal Annoté, Tome I, 1901-1906

ويلزم للعقاب على الاتفاق الجنائى أن يكون الغرض منه ارتكاب أو تحضير عدة جنايات ضد الأشخاص أو الأملاك . وهذا ظاهر من سياق النص فضلا عن الاعمال التحضيرية السابقة عليه . فالمادة ٢٦٥ تتطلب فى الاتفاق « أن يكون الغرض منه تحضير أو ارتكاب جنايات (فى صيغة الجمع) dans le but de préparer ou de commettre des crimes » .
ويفهم من الأعمال التحضيرية أنه أريد معاقبة « أولئك الذين يجتمعون لتحضير مجموعة من الأفعال غير المحددة ووسائل ارتكاب تلك الأفعال بصورة عامة لا خاصة » «(١)» . وعلى هذا النحو لاتتوافر أركان الاتفاق الجنائى اذا كان موضوعه تحضير أو ارتكاب جناية واحدة أو حتى عدة جنح ومن باب أولى عدة مخالفات .

أما العقوبة المقررة للاتفاق الجنائى فتختلف تبعا لما اذا كان الجانى قد اشترك فيه أو أنه اقتصر على مساعدة الجناة الأصليين . فالمادة ٢٦٦ تقرر كعقوبة أصلية الاشغال الشاقة المؤقتة لكل من يشترك فى الاتفاق . والمادة ٢٦٧ تقرر كعقوبة أصلية الحبس مع الشغل لكل من يساعد الجناة الأصليين — عن علم وقصد — بأن يزودهم بوسائل الاتصال أو بمكان للاقامة أ والاجتماع .

على أنه يعفى من العقاب فى الحالتين « كل من أخبر من الجناة السلطات المختصة بوجود الاتفاق أو الجمعية قبل البدء فى اتخاذ الاجراءات » . فلا سبيل الى الاعفاء الا حيث يتوافر شرطان : أولهما أن يخبر الجانى السلطات المختصة بوجود الاتفاق أو الجمعية — ولا يتطلب النص الاخبار عن أسماء أعضاء الاتفاق أو الجمعية ، والثانى أن يتم الاخبار قبل البدء فى البحث والتفتيش من جانب السلطات المختصة .

الاتفاق الجنائى الخاص : وهو الذى يكون الغرض منه ارتكاب

---

(١) ص ٦٣٨ من تعليقات جارسون الجزء الاول .

(٢) ص ٢٠ من مطول جارو فى القانون الجنائى . الجزء الخامس .

احدى الجنايات الموجهة ضد أمن الدولة من جهة الداخل والمنصوص عليها فى المواد ٨٦و٨٧و٩١ عقوبات «١» • على أن المادة ٨٦ وكانت خاصة بحماية الامبراطور وعائلته ــ قد ألغيت ضمنا منذ قيام الحكم الجمهورى فى فرنسا • أما المادتان ٨٧و٩١ فتعاقبان على أية محاولة جنائية يقصد بها هدم نظام الحكم أو تعديله ، أو حض المواطنين والاهالى على رفع السلاح فى وجه الحكومة ، أو اثارة الحرب الاهلية ، أو القيام بأعمال التخريب والغصب والاعتداء فى البلاد •

وتقرر المادة ٨٩ عقوبة السجن لكل من يشترك فى اتفاق جنائى خاص الا اذا ألحق الأخير بارتكاب فعل أو البدء فى فعل بقصد وضعه موضع التنفيذ فتشدد العقوبة الى النفى • أما من يدعو الى اتفاق خاص دون أن تقبل دعوته فيعاقب بعقوبة أصلية هى الحبس مدة تتراوح بين السنة والخمس سنوات •

ويعفى من العقاب أول من يبادر من الجناة الى اخبار السلطات الادارية أو القضائية بالاتفاقات الجنائية الخاصة بشرط أن يتم الاخبار قبل تنفيذها أو الشروع فيها (م ١٠٥) • أما المادتان ١٠٦ و ١٠٧ فيجعلان الاعفاء اختياريا للقاضى فى حالتين : بعد تنفيذ الاتفاق أو الشروع فى تنفيذه ولكن قبل البدء فى البحث والتفتيش ، أو حتى بعد البدء فى البحث والتفتيش اذا دل الجانى على الوسائل الموصلة للقبض على الفاعلين أو الشركاء فى جريمة الاتفاق الخاص أو فى جريمة أخرى تماثلها فى الوصف والأهمية •

على أنه يعفى من العقاب بقوة القانون أول من يبادر باخبار السلطات الادارية أو القضائية من الجناة عن الأتفاق بشرط أن يتم الاخبار قبل

(١) يراجع فى تفصيل هذه الجنايات ص ص ٥٥٨ ــ ٥٨٤ من مطول جارو فى القانون الجنائى الجزء الثالث . الطبعة الثالثة سنة ١٩١٦ ، ص ص ٢١ــ٢٧ من مختصر القانون الجنائى الخاص تأليف F. Goyet الطبعة الخامسة . باريس سنة ١٩٤٥ .

تنفيذه أو الشروع فى تنفيذه (المادة ١٠٥ عقوبات) • ويجوز للقاضى أن يحكم باعفاء الجانى من العقاب فى فرضين : أولهما حيث يتراخى الاخبار الى ما بعد تنفيذ الاتفاق أو الشروع فيه ولكنه يتم قبل البدء فى اتخاذ الاجراءات ، والثانى حيث يتراخى الاخبار الى ما بعد البدء فى اتخاذ الاجراءات ولكنه يوصل الى القبض على الفاعلين أو الشركاء فى الاتفاق أو فى جرائم أخرى تماثلها طبيعة وخطورة •

فى مصر

مبدا الحرية

تقدم أن المادة ٢١ من دستور ١٩٢٣ كانت تقدس مبدأ الحرية اذ كفلت للمصريين حق تكوين الجمعيات وتركت للقانون تنظيم الكيفية التى يستعمل بها هذا الحق •

القيود الواردة على الحرية

اولا ــ القيود الواردة على تاليف الجمعيات وتتمثل فى ثلاثة أوجه : أولها حظر قيام بعض الجمعيات اطلاقا ، والثانى حظر قيام البعض من غير ترخيص ادارى ، والثالث حظر عضوية الجمعيات على طوائف معينة من الأشخاص •

الجمعيات المحظورة اطلاقا وتشمل نوعين من الجمعيات :

الجمعيات شبه العسكرية : تقضى المادة الاولى من المرسوم بقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٣٨ بحظر الجمعيات أو الجماعات دائمة كانت أو مؤقتة والتى يكون لها ــ سواء من حيث تأليفها أو عملها أو من حيث تدريب أعضائها أونظامهم أو زيهم أوتجهيزهم ــ صورة التشكيلات شبه العسكرية خدمة لحزب أو مذهب سياسى معين • ولا يندرج تحت هذا الوصف الجمعيات الرياضية وجمعيات التربية البدنية وهيئات الكشافة بالرغم من

ارتداء أعضائها لزى خاص أو حملهم لشعار معين كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية لمشروع المرسوم بقانون .

أما الأسباب التى حدت بالمشرع المصرى الى تقرير هـذا الحظر فهى ذات الأسباب التى أدت بالمشرع الفرنسى الى اصدار قانون ١٠ يناير سنة ١٩٣٦ وبالمشرع الانجليزى الى اصدار قانون النظام العام لسنة ١٩٣٦ . وتشير المذكرة التفسيرية فى هذا الشأن الى حرص المشرع على أن يوفر فى مصر « اقرار النظام العام واستتباب السكينة العامة والى أن يكون أهلها بنجوة من أسباب العنف أو الاضطراب التى من شأنها افساد نظم الحكم أو تعطيل أداته » «[1]» .

وتعاقب المادة الثانية من المرسوم بقانون كل من يخالف هـذا الحظر سواء اقتصر دوره على الاشتراك فى هذه الجمعيات أو الجماعات أو قام بالدعوة للانضمام اليها أو تنظيمها . وعقاب من يشترك هو الحبس من ١٥ يوما الى ستة أشهر أو بالغرامة من خمسة جنيهات الى خمسين جنيها دون اخلال بتوقيع عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر . أما الداعون للانضمام الى هذه الجمعيات أو منظموها فتوقع عليهم ضعف هذه العقوبة .

وتوجب المادة الثالثة ـ فضلا عن العقوبة المتقدمة ـ ضبط ومصادرة الملابس والشعار والشارات والأسلحة والمهمات والنقود والأموال التى تستعملها تلك الجمعيات أو الجماعات أو التى كانت معدة لاستعمالها .

الجمعيات الهدامه : أضاف المرسوم بقانون رقم ١١٧ والمؤرخ فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٤٦ المادة ٩٨ (أ) الى قانون العقوبات بشأن حظر الجمعيات التى يخشى منها على النظام الاجتماعى . وقد حددت المادة هذه الجمعيات بأنها تلك التى ترمى الى سيطرة طبقة اجتماعية على غيرها

---

(١) الموسوعة المصرية للتشريع والقضاء ، تحت عنوان جمعيات شبه عسكرية ، ص ٢ .

من الطبقات ، أو الى القضاء على طبقة اجتماعية ، أو الى قلب نظم الدولة الاساسية الاجتماعية أو الاقتصادية ، أو الى القضاء على أى نظام من هذه النظم متى كان استعمال القوة أو الارهاب أو أية وسيلة أخرى غير مشروعة ملحوظة فى ذلك .

ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لاتزيد على عشر سنين وبغرامة لاتقل عن مائة جنيه ولا تزيد على الألف كل من أنشأ تلك الجمعيات أو أسسها أو نظمها أو أدارها فى المملكة المصرية . أما من ينضم اليها فيعاقب بالسجن وبغرامة لاتقل عن خمسين جنيها ولا تزيد على المائتين الا أن يكون مقرها خارج المملكة الصرية فيعاقب بالحبس وبغرامة لاتزيد على مائة جنيه .

وتوجب المادة ٩٨ (هـ) ـ فضلا عن العقوبة المتقدمة ـ حل الجمعيات واغلاق أمكنتها ومصادرة النقود والأمتعة والأوراق وغيرها مما استعمل فى ارتكاب الجريمة .

الجمعيات المحظورة من غير ترخيص ادارى وهى **الجمعيات ذات الصفة الدولية :**

تراءى للمشرع بعد أن حظر قيام الجمعيات الهدامه أنها قد تعمد الى التستر على أهدافها تحت تشكيلات دولية فنص فى المادة ٩٨ (حـ) على حظر قيام الجمعيات أو الهيئات أو الأنظمة التى يكون لها صفة دولية ـ أيا كان نوعها ـ أو انشاء فروع لها فى المملكة المصرية من غير ترخيص من الحكومة .

وحيث يخالف هذا الحظر يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر أو بغرامة لاتتجاوز خمسين جنيها كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار الجمعية . وتتضاعف العقوبة اذا أعطى الترخيص بناء على بيانات كاذبة . ويعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لاتتجاوز ثلاثين

جنيها كل من ينضم اليها أو يشترك فيها بأية صورة من غير ترخيص من الحكومة .

وتجيز المادة ٩٨ (هـ) للمحكمة عند الحكم بالادانة حل الجمعيات واغلاق أمكنتها وتوجب عليها مصادرة النقود والامتعة والاوراق وغيرها مما استعمل فى ارتكاب الجريمة .

الاشخاص المحظور عليهم عضوية الجمعيات : حدد المشرع طوائف معينة من الاشخاص جعل عضوية بعض الجمعيات محظورة عليهم . وقد ورد هذا التحديد فى ثلاثة قوانين .

فالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٤٤ يحظر العضوية فى الجمعيات التعاونية على المحكوم عليهم فى اختلاس بالتدليس أو فى جناية أو جنحة مخلة بالامانة أو بالشرف (المادة ٤٤) .

والقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٤٩ يحظر العضوية فى النوادى على طائفتين من الاشخاص : أولاهما تشمل المحكوم عليهم بعقوبة جنائية أو بعقوبة جنحة فى جريمة سرقة أو اختلاس أموال عامة أو اخفاء أشياء مسروقة أو تزوير أو استعمال أوراق مزورة أو نصب أو خيانة أمانة أو تفاليس بالتدليس أو اخفاء مجرمين أو هتك عرض أو فعل فاضح أو تحريض القصر على الفجور والفسق أو ادارة عمل المقامرة أو ادارة بيوت للدعارة السرية أو فى احدى الجرائم المنصوص عليها فى قانون المخدرات وذلك ما لم يعد اعتبارهم .

والطائفة الثانية تشمل الاشخاص الذين كانوا يشتغلون أو يديرون محال عمومية أو محال للملاهى وحكم عليهم باغلاقها لاسباب تتصل بالآداب اذا لم يمض على انقضاء العقوبة المحكوم بها خمس سنوات (المادة التاسعة) .

وأخيرا فان القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ يحظر العضوية فى الجمعيات ذات الاغراض الاجتماعية والدينية والعلمية والادبية «[1]» على : المحكوم عليهم بعقوبة جناية أو فى سرقة أو اختلاس أموال عامة أو اخفاء أشياء

---

(١) ويشترط ان يكون عدد اعضائها يزيد على العشرين شخصا طبيعيا ـ راجع المادة الاولى من القانون .

مسروقة أو تزوير أو استعمال أوراق مزورة أو نصب أو خيانة أمانة أو تفالس بالتدليس أو اخفاء مجرمين أو أية جريمة أخرى مخلة بالشرف آو الآداب أو شروع معاقب عليه قانونا فى ارتكاب احدى هذه الجرائم ، وكذلك المحكوم عليهم فى الجرائم المنصوص عليها فى قانون المخدرات ، والمتشردين والمشتبه فيهم ، والموظفين العموميين والمستخدمين الذين لم تمض خمس سنوات على فصلهم تأديبيا من وظائفهم بفعل من الافعال الماسة بالنزاهة أو المخلة بالشرف أو الآداب ، والقصر (المادة الثالثة) .

واذا عقدنا مقارنة بين القوانين الثلاثة يتضح أن قانون سنة ١٩٥١ هو أكثرها توسعا فى نطاق الحظر اذ ينفرد بشمول حالات الشروع المعاقب عليه فى جرائم الامانة والشرف وطوائف المتشردين والمشتبه فيهم والموظفين والمستخدمين المفصولين تأديبيا والقصر . ويبدو أن الظروف التى صدر فيها هذا القانون هى التى تفسر ما يتضمنه من توسع ملموس فى نطاق الحظر . فمن الاوامر العسكرية التى قضى القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ باستمرار العمل بها لمدة سنة على الاكثر « الأمر رقم ٦٣ الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بحل جمعية (الاخوان) الى أن يصدر القانون الخاص بالجمعيات » (المادة الاولى فقرة خامسة) . فمشروع قانون الجمعيات لسنة ١٩٥١ اذن لم يكن مشروعا عاديا بل الاغلب على الظن أن الحكومة قد أخذت بعين الاعتبار حين سنّه أنه يخلف تدبيرا استثنائيا أملته اعتبارات شاذة «[1]» .

ثانيا ــ القيود الواردة على نشاط الجمعيات : وتتمثل على الأخص فى جريمة الاتفاق الجنائى .

الاتفاق الجنائى العام : أدخل المشرع المصرى الاتفاق الجنائى العام فى عداد الجرائم المعاقب عليها بمقتضى القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩١٠ والذى أضاف به المادة ٤٧ مكررة الى قانون العقوبات . ويعزى سن هذا القانون

---

(١) راجع المناقشات التى دارت بشأن هذا المشروع فى مجلس النواب بجلسة ١٨ ابريل سنة ١٩٥١ .

الى ما أسفر عنه نشاط احدى الجمعيات السياسية من مقتل رئيس مجلس النظار فى سنة ١٩١٠ وعدم كفاية النصوص القائمة حينذاك لاعتبار أعضائها شركاء فى القتل «١» .

وتقابل المادة ٤٧ مكررة المادة ٤٨ من القانون الحالى . وتنص هذه المادة على أنه « يوجد اتفاق جنائى كلما اتحد شخصان فأكثر على ارتكاب جناية أو جنحة ما أو على الاعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها . ويعتبر الاتفاق جنائيا سواء كان الغرض منه جائزا أم لا الا اذا كان ارتكاب الجنايات أو الجنح من الوسائل التى لوحظت فى الوصول اليه » .

فيلزم لتوفر الاتفاق الجنائى أن يوجد اتحاد بين شخصين أو أكثر – أى انعقاد العزيمة أو اندماج الارادة بين عدة أشخاص . فمن جهة لا يتحقق الاتحاد اذا كان بين الاشخاص مجرد توافق فى الخواطر أى اتجاه ارادة كل منهم مستقلة عن ارادة الآخر نحو غرض واحد . ومن جهة أخرى يكفى أن يتحقق الاتحاد ولا يشترط فيه أن يكون مكتوبا ولا أن يكون منظما أو مستمرا «٢» .

---

(١) فى تفصيل جريمة الاتفاق الجنائى أنظر على الاخص :
الموسوعة الجنائية للاستاذ جندى عبد الملك الطبعة الاولى – الجزء الاول. ص ص ٢ – ٢٥ ، الجزء الثالث . ص ص ١٢٩ – ١٣٥ = الاحكام العامة فى القانون الجنائى للاستاذ على بدوى . سنة ١٩٣٨ . ص ص ٣٠٨ – ٣٢١ = شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للاستاذين محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد . الطبعة الثانية . سنة ١٩٤٣ . ص ص ٣٢٠ – ٣٤٧ = شرح الاحكام العامة فى قانون العقوبات المصرى للاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل . الطبعة الاولى . سنة ١٩٤٥ ص ص ٣٣١ – ٣٤٩ = جريمة الاتفاق الجنائى فى قانون العقوبات المصرى المقارن للدكتور على حسن الشامى سنة ١٩٤٩ .

(٢) أنظر الحكم الصادر من محكمة النقض فى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٣ . مجموعة القواعد القانونية فى المواد الجنائية لمحمود عمر . الجزء الثالث . رقم ٧٨ – ويمثل هذا الحكم عدولا من جانب المحكمة عما سبق أن سارت عليه فى قضائها من اشتراط ان يكون الاتفاق منظما ولو فى مبدأ تكوينه وأن يكون مستمرا ولو مدة من الزمن على الاقل (راجع نقض ١٥ فبراير سنة ١٩١٣ . المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية . السنة ١٤ رقم ٥٥ ، نقض ٣٠ يونيو سنة ١٩١٧ . مج ١٨ رقم ١٠١ ، ونقض ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٢ مج ٢٤ رقم ٦٢) .

ويلزم للعقاب على الاتفاق الجنائى كذلك أن يكون الغرض منه ارتكاب أو تحضير عدة جنايات أو جنح ، أو حتى جناية واحدة أو جنحة واحدة . وليس مما يقدح فى قيام الاتفاق أن تكون الجنايات أو الجنح التى يهدف الى ارتكابها أو تحضيرها سياسية أو عادية «[1]» ، ولا أن يكون الغرض النهائى منه جائزا أو محرما . بيد أنه لا عقاب على الاتفاق اذا ما انصب على المخالفات .

أما العقوبة المقررة للاتفاق الجنائى فتختلف تبعا لأمرين : أحدهما صفة الجانى والثانى الغرض المقصود من الاتفاق أو الوسيلة الموصله الى الغرض منه .

فعقوبة الشريك هى السجن اذا كان الغرض المقصود من الاتفاق أو الوسيلة الموصلة الى الغرض منه — ارتكاب الجنايات ، وهى الحبس اذا كان الغرض من الاتفاق هو ارتكاب الجنح أو اتخاذها وسيلة موصلة اليه .

أما المحرض أو المتدخل فى ادارة حركة الاتفاق فعقوبته الأشغال الشاقة المؤقتة فى الفرض الأول ، والسجن فى الفرض الثانى .

على أنه فى الاحوال التى يكون الغرض من الاتفاق ارتكاب جناية أو جنحة معينة عقوبتها أخف من العقوبات المتقدمة فلا توقع عقوبة أشد مما نص عليه القانون لتلك الجناية أو الجنحة .

ويعفى الجانى من العقاب اذا أخبر الحكومة بوجود اتفاق جنائى وبمن اشتركوا فيه . ويلزم فى الاخبار حتى يرتب اعفاء أن يحصل قبل وقوع أية جناية أو جنحة وقبل بحث الحكومة وتفتيشها عن الجناة ، أو أن يحصل بعد البحث والتفتيش بشرط أن يوصل فعلا الى ضبط الجناة الآخرين .

---

(١) راجع الحكم الصادر من محكمة النقض فى ١٤ ابريل سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية . الجزء الخامس . رقم ٢٤٤ . وقضاء المحكمة مستقر فى هذا الصدد كما يتضح على الاخص من الاحكام العديدة التى اشار اليها الاستاذ محمود اسماعيل فى مؤلفه السابق ذكره . ص ٣٣٨ .

الاتفاق الجنائى الخاص : لم يفت المشرع المصرى أن يعاقب على الاتفاق الجنائى الخاص منذ اصداره لقانون العقوبات سنة ١٨٨٣ وان أدخل الكثير من التعديلات على النصوص المشتملة عليه حتى انتهت الى صورتها الأخيرة فى قانون سنة ١٩٣٧ «[١]» .

والاتفاق الجنائى الخاص هو الذى يكون الغرض المقصود منه أوسبيل الوصول الى الغرض منه ارتكاب **احدى الجنايات المضرة بالحكومة من جهة الداخل والوارد ذكرها فى المادة ٩٦** . وهذه الجنايات هى : الاعتداء على حياة الملك أو حريته والاعتداء على الملكة أو ولى العهد أو أحد أوصياء العرش (م٨٦) ــ الشروع فى قلب دستور الدولة أو شكل الحكومة أو نظام توارث العرش أو فى تغيير شىء من ذلك (م ٨٧) ــ مهاجمة طائفة من السكان أومقاومة رجال السلطة العامة فى تنفيذ القوانين (م ٨٩) ــ تخريب مبانى أو مخازن ذخائر أو غيرها من أملاك الحكومة عمدا (م ٩٠) ــ قيادة فرقة أو قسم من الجيش أو الاسطول أو سفينة أو طائرة حربية أو نقطة عسكرية أو ميناء أو مدينة وذلك بغير تكليف من الحكومة أو بغير سبب مشروع (م ٩١) ــ تعطيل أوامر الحكومة الصادرة بالتجنيد (م ٩٢) ــ قيادة عصبة حاملة للسلاح أو الاشتراك فيها أو مساعدتها بقصد اغتصاب أو نهب الأراضى أو الأموال المملوكة للحكومة أو لجماعة من الناس أو لمقاومة القوة العسكرية المكلفة بمطاردة مرتكبى هذه الجنايات (م م ٩٣ و ٩٤) ــ التحريض على ارتكاب احدى الجنايات المتقدمة (م ٩٥) .

وتختلف عقوبة الجانى فى الاتفاق الجنائى الخاص تبعا للدور الذى يقوم به . فمن يشترك فيه يعاقب بالعقوبة المقررة للجناية موضوع الاتفاق. ومن يحرض عليه أو يتدخل فى ادارة حركته يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة

---

(١) وعلى هذا النحو يكون التشريع المصرى قد اخذ بمبدا العقاب على الاتفاق الجنائى الخاص قبل الاتفاق الجنائى العام . وللوقوف على تفصيل التطور فى تشريع الاتفاق الخاص يراجع مؤلف الدكتور على حسن الشامى السابق ذكره ص ص ٧ ــ ١٦ .

(م ٩٦) . أما من يدعو الى الانضمام الى الاتفاق فيعاقب بالحبس اذا لم تقبل دعوته (م ٩٧) .

وتعفى المادة ١٠١ من العقاب الجانى الذى يبادر باخبار الحكومة عمن أجرى الاغتصاب أو أغرى عليه أو شاركه فيه بشرط أن يحصل الاخبار قبل ارتكاب الجناية المقصود فعلها وقبل بحث وتفتيش الحكومة عن الجناة، أو أن يحصل بعد البحث والتفتيش بشرط أن يوصل فعلا الى القبض عليهم.

خلاصة مقارنة

يتضح من دراسة حرية تكوين الجمعيات من الناحية الجنائية أن ثمة تنظيما يتوخى أهدافا متماثلة ويصدر عن أسس مشتركة فى كل من انجلترا وفرنسا ومصر .

فقوام التنظيم فيها جميعا الاقرار للافراد بحرية تكوين الجمعيات فى الحدود التى لايهدر معها صالح المجموع . ومقتضى ذلك أن الحرية هى القاعدة وأن الحظر هو الاستثناء .

ولئن كانت الحرية قد ثبتت للافراد فى انجلترا منذ أمد بعيد بمقتضى العرف ، فانها لم تتأكد لهم فى فرنسا الا بعد تطور طويل تمخض عن صدور قانون الجمعيات فى أول يوليو سنة ١٩٠١ . وفى مصر حرص المشرع على أن يفرد لتلك الحرية نصا فى دستور سنة ١٩٢٣ يوفر لها حماية خاصة ويجعلها فى مأمن من أن تمسها التشريعات العادية .

واذا انتقلنا من القاعدة الى الاستثناء ألفينا قيودا تحد من حرية تكوين الجمعيات . وتنقسم هذه القيود بصفة رئيسية الى قيود ترد على تأليف الجمعيات وأخرى ترد على نشاطها .

فبالنسبة الى القيود التى ترد على تاليف الجمعيات نجدها تتمثل فى احدى صور ثلاث : حظر مطلق للجمعيات ، أو حظر لها من غير ترخيص ، أو حظر على الاشخاص الداخلين فى تأليفها .

والحظر المطلق ينصرف الى الجمعيات الثورية التى تهدد نظام الحكم أو كيان الجماعة . فالمشرع الانجليزى حظر الجمعيات غير المشروعة سنة ١٧٩٩ سعيا وراء القضاء على الجمعيات السياسية التى استفحلت فى عهد الملك جورج الثالث . وانتشار الجمعيات الفوضوية حمل المشرع الفرنسى على حظرها سنة ١٨١٠ . وتدهور الاحوال الاقتصادية فى أعقاب الحرب العالمية الاخيرة حفز المشرع المصرى الى حظر الجمعيات الهدامة سنة ١٩٤٦ . واشتداد الدعوة الى الفاشية ألقى الخشية فى نفوس المشرعين الثلاثة فعمدوا الى سن قوانين خاصة لمناهضتها بين سنة ١٩٣٦ و سنة ١٩٣٨ .

أما الصورة الثانية للقيود الواردة على تأليف الجمعيات فهى حظر قيامها من غير الحصول على ترخيص ادارى بذلك . فالجمعيات الاجنبية فى فرنسا والجمعيات ذات الصفة الدولية فى مصر لا يجوز انشاؤها الا بعد استئذان الادارة . وظاهر أن المقصود من هذا الاستئذان تمكين الإدارة من الهيمنة على تلك الجمعيات واخضاعها لكل ما تراه لازما من شروط واجراءات صيانة للصالح العام .

والصورة الثالثة للقيود التى نحن بصددها هى حظر عضوية الجمعيات على طوائف معينة من الاشخاص . ولقد انفرد المشرع المصرى دون المشرعين الانجليزى والفرنسى بايراد هذا الحظر . ويبدو أن الذى حدا به الى أن يحرم طوائف الاشخاص التى تقدم بيانها هو أحد اعتبارين : اما الخشية على نشاط الجمعيات ممن صدرت فى حقهم أحكام جنائية أو تأديبية ماسة بالأمانة أو الشرف ، واما الخشية على القصر من نشاط الجمعيات .

وقد يقال بأنه لا مطعن على مسلك المشرع المصرى من الوجهة الدستورية لأنه انما استند فى ايراده حظر العضوية الى المادة ٢١ من دستور سنة ١٩٢٣ التى أذنت له فى أن ينظم استعمال حق تكوين الجمعيات .

على أننا نرى أن المشرع قد بالغ فى تقرير الحظر . فالسلطة المخولة له بمقتضى المادة ٢١ وان أباحت له تنظيم استعمال الحق لم تسوغ له مصادرة

الحق ذاته بطريق مباشر أو غير مباشر • وفضلا عن ذلك فان سلطة المشرع فى تنظيم قيام الجمعيات وحظر مايراه منها خطرا على كيان الجماعة ــ من السعة والكفاية بحيث تجعله فى غنى عن أن يهدر حرية الافراد فى الانضمام ى مايسمح بوجوده من جمعيـات • فحق تكوين الجمعيات يتميز على غيره من الحقوق والحريات بأن أهميته العملية لاتتمثل الا حيث يتمخض عن قيام جمعية تمارس نشـاطا بالفعل • ولقد بينا آنفـا كيف أن المشرع أورد نصوصا عديدة بحظر نشأة الجمعيات التى يرغب عن أهدافها وتعاقب على أى اخلال يمكن أن يتطرق اليـه نشاط الجمعيـات التى لايمانع فى قيامها •

وعلى ضوء هـذا التحليل يمكن أن تتشكك فى سـلامة القيود التى أوردها المشرع المصرى على عضوية الجمعيـات • فدعوى الحمـاية التى أريد بها تبرير حظر العضوية على القصر غير مقنعة وأولى منها بالترجيح أن الجمعيات الصالحة هى خير معين للشباب على تنميـة مداركه وملكاته وتيسير أسـباب التجربة والاكتمال له فى شتى الميادين • أما عن طائفـة المحكوم عليهم فقد يكون من المفهوم أن يحظر المشرع العضوية على من يرتكب منهم اخلالا جسيما يفضى الى الحكم عليه بعقوبة الجناية ، ولكن من غير المستساغ أن يرتب المشرع الحظر على أى اخـلال ولو لم يعرض مرتكبه لاكثر من عقوبة المخالفة فى احدى الجنح المنصوص عليهـا ــ بل ولو لم ينته به لاكثر من جزاء تأديبى بالفصل من الوظيفة العامة •

ورب اعتراض بأن حرمان المحكوم عليـه فى جناية أو جنحـة ان هو الاحرمان عارض سرعان مايزول اذا رد اليه اعتباره بناء على طلبه أو بحكم القانون • بيد أنه بالنظر الى النصوص التى تحكم رد الاعتبار يتضح أن هذا الاعتراض فى غير محله • فرد الاعتبار يقتضى استيفاء المحكوم عليـه لشروط متعددة أهمها أن تكون العقوبة قد نفذت تنفيذا كاملا أو صـدر عنها عفو أو سقطت بمضى المدة • وبالاضافة الى ذلك يلزم فى رد الاعتبار القضائى أن يكون قد انقضى من تاريخ تنفيذ العقوبة أو صـدور العفو

عنها مدة ٦ سنوات اذا كانت عقوبة جناية أو ثلاث سنوات اذا كانت عقوبة جنحة وضعف هاتين المدتين فى حالتى الحكم للعود وسقوط العقوبة بمضى المدة (المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية) . كما يلزم فى رد الاعتبار القانونى أن تنقضى مدة ١٢ سـنة بالنسبة الى عقوبة الجنـاية أو عقوبة الجنحة فى جرائم الامانة وفى حالات العود والسقوط بمضى المـدة ، ومدة ٦ سنوات بالنسبة الى المحكوم عليه بعقوبة جنحة عموما أو فى أية جريمة أخرى (المادة ٥٥٠) .

وبالنسبـة الى القيود التى ترد على نشاط الجمعيـات فانها عديدة متنوعة وان يكن أظهر ماتتمثل فيه جريمة الاتفاق الجنائى .

ولقد رأينا كيف أنه وان اختلف المشرعون الثـلاثة فى تفصيلات تلك الجريمة الا أن ثمة تقاربا كبيرا بين المشرعين الفرنسى والمصرى ، وأن الجميع قد صدروا عن التمييز بين نوعين من الاتفاق الجنائى : أحدهما عام والآخر خاص . ومناط التمييز بين النوعين هو الغرض الذى يسعى اليه كل منهما . فبينما الاتفاق العام ينصب على الجرائم العادية ينصرف الاتفاق الخـاص الى الجرائم الخطيرة الموجهة ضد أمن الدولة ومن ثم يعاقب بعقوبة أشد .

الفصل الثاني

التنظيم المدني لحرية تكوين الجمعيات

ان أية جمعية تتألف لايتسنى لها أن تحقق الأغراض التي أنشئت من أجلها على الوجه الأكمل الا اذا تمتعت في الميدان القانوني بالأهلية اللازمه لذلك . فليس يكفى اذن فى تنظيم يقوم على توفير حرية تكوين الجمعيات أن يسمح للافراد بتشكيل الجمعيات بل يلزم أن يكفل لها بمجرد تشكيلها ــ أو على الاقل بمجرد اشهارها ــ الأهلية القانونية .

على أن أى تنظيم مدنى لايحقق الحرية بالمعنى الصحيح الا اذا أمن الأفراد على بقاء واستمرار ما ينشئون من الجمعيات . فليس يكفى أن يسلم للافراد بحق حل الجمعيات حسب مشيئتهم بل يلزم ألا يجيز حل جمعياتهم على غير اختيار منهم الا استثناء وتحت اشراف قضائى يصون صوالحهم من العبث والتعسف .

فالتنظيم المدنى لحرية تكوين الجمعيات اذن يتمثل فى أمرين : تشكيل الجمعيات وحلها . وسنتولى فيما يلى دراستها فى كل من انجلترا وفرنسا ومصر .

فى انجلترا

تشكيل الجمعيات

يفرق القانون الانجليزى بين تكوين الجمعيات والاعتراف لها بالشخصية القانونية . ومن ثم يمكن أن تقسم الجمعيات بصورة عامة الى طائفتين :

ا ــ الجمعيات التى لاتتمتع بالشخصية القانونية
: Unincorporated Associations

وهى مجرد عقود تنتج آثارها بين الأطراف المنضمين لها دون أن يكون لها فى نظر المشرع أى وجود قانونى متميز .

ب ــ الجمعيات ذات الشخصية القانونية Corporations :

وهى التى تقر لها الادارة أو السلطة التشريعية بالشخصية القانونية .

ويتمثل هذا الاقرار اما فى أمر ملكى يصدر من التاج Royal Charter استنادا الى امتيازاته الأصيلة Prerogative Powers أو فى قانون يسنه البرلمان .

والبرلمان اذ يسن قانونا قد يقر لجمعية أو لجمعيات بالذات بالشخصية القانونية — فى صورة قانون خاص Special Act ، وقد يحدد الشروط التى يمكن لأية جمعية عند استيفائها اكتساب الشخصية القانونية — فى صورة قانون عام Public Act . ولعل أهم مثل للقوانين العامة قانون الشركات Company Act الذى سن تنظيما خاصا للجمعيات سنة ١٩٢٩ واستبقاه عند تعديله سنة ١٩٤٨ .

ومقتضى هذا التنظيم أنه يجوز لوزارة التجارة Board of Trade أن تمنح الشخصية القانونية للجمعيات التى يتقدم أعضاؤها المؤسسون بطلب كتابى لهذا الغرض بشرط أن يكون مصحوبا بايداع نسختين من نظام الجمعية . ويجب أن يشتمل هذا النظام على بيانات عديدة فى مقدمتها اسم الجمعية والغرض منها ومركز ادارتها الذى يتعين أن يكون فى انجلترا أو اسكتلندا «[1]» .

وليس هناك من قيد يرد على الأهلية القانونية لهذه الجمعيات سوى أنه لايجوز لها أن تتملك أكثر من فدانين من الأراضى الا باذن خاص من وزارة التجارة «[2]» .

حل الجمعيات

تنقضى الجمعيات انقضاء غير اختيارى بنفس الطرق التى يتم بها منحها

---

(١) انظر ص ص ٢٣٩ — ٢٤١ و ص ص ٣٦٤ — ٣٦٥ من
Palmer, Company Law, 19th. edit. by A.F. Topham, London 1949.

(٢) لئن قسمنا الجمعيات بصورة عامة الى طائفتين رئيسيتين فان هذا التقسيم لا يتنافى مع وجود بعض الجمعيات التى تتمتع بنصيب محدود من الاهلية القانونية وتعرف باسم *Quasi* Corporations

الشخصية القانونيـــة • ومن ثم يمكن أن تحل بأمر ملكى اســتنادا الى امتيازات التاج أو بقانون يسنه البرلمان «[١]» •

وجدير بالذكر أنه ليس فى انجلترا قضاء ادارى على النحو القائم بكل من فرنسا ومصر • فحيث تتمتع الادارة بسلطة تقديرية فى منح الجمعيات الشخصية القانونية أو سحبها منهـا لايكون ثمة معقب فيما تتخـذه من قرارات بصدد ممارسة تلك السلطة •

بيد أن القضاء مستقر فى أحكامه على أنه حيث يوجد قانون قد سنه البرلمان لتنظيم استعمال أى سلطات ــ بما فى ذلك منح الشخصية القانونية أو سحبها ــ لايسوغ للتاج أن يحتج بامتيازاته الأصيلة للتحلل من القيود المفروضة قانونا • ولقد جرت المحاكم العادية على أن تبحث فى مشروعيــة أوامر التاج وأن تمتنع عن تطبيقها اذا ماخالفت القانون أو جاوزت الحدود المقررة فيه *Ultra Vires* «[٢]» •

في فرنسا

تشكيل الجمعيات

يميز قانون سنة ١٩٠١ بين طوائف ثلاث من الجمعيات :

أ ــ الجمعيات غير المشهره •

ب ــ الجمعيات المشهره •

حـ ــ الجمعيات المعترف بأنها ذات نفع عام •

---

(١) ص ٥٦٠ وص ٥٦٩ ومابعدهما من تعليقات ستيفن المتقدم بيـــانها . ويراجع فى موضوع الشخصية القانونية عموما وما تثيره من صعوبات عمليــة بالنسبة الى الجمعيات ص ص ٢٧٢ ــ ٢٨١

Paton G. W., A Text-book of Jurisprudence,
Oxford, 1946.

و ص ص ٣٥٩ ــ ٣٧٤

Friedman W., Legal Theory, 2nd edit, London 1949

(٢) راجع فى تفصيل ذلك ص ص ٧٠ ــ ٨٤ من

Wade E.C.S. & Philips G. G.,
Constitutional Law, 2nd. edit, London 1937.

ا ــ الجمعيات غير المشهرة Associations non déclarées

كان قانون سنة ١٩٠١ ــ وهو فى مرحلة المشروع ــ يوجب على كل جمعية أن تقوم بشهر نفسها وفى مقابل ذلك يقر لها بنصيب من الاهلية القانونية . ولكن المناقشات البرلمانية التى دارت حوله أظهرت ما فى الزام المشرع للجمعيات بالشهر على هذا النحو من شذوذ غير مستساغ .

فالجمعية عقد كسائر العقود ينتج آثاره القانونية بمجرد اتفاق الأطراف ذوى الشأن فيه . ولئن كان الشهر شرطا لاكتساب الجمعية أهلية التعامل مع الغير فان المنطق يقضى بأن يترك لكل جمعية على حدة حرية الاختيار بين اكتساب الأهلية أو عدم اكتسابها ، ولا معنى لأن تفرض عليها أهلية قد تكون فى غنى عنها كما هو الشأن بالنسبة الى بعض الجمعيات الخيرية والأدبية ذات النشاط المحدود .

والمشرع لايعترف للجمعية غير المشهره بأى وجود قانونى حماية للغير وصونا لحرية التعامل «[1]» . فليس لها أن تمارس أى تصرف أو تتملك أموالا أو تقاضى أو تقاضى . كما لايسوغ لها أن تعمد الى اتباع أساليب ملتوية بقصد فرض مركز قانونى لها والافادة منه . والمادة ١٧ من القانون صريحة فى ابطال جميع التصرفات التى تهدف الى ذلك الغرض بطريق مباشر أو غير مباشر ــ حال الحياة أو بعد الوفاة ــ وبعوض أو بغير عوض .

ب ــ الجمعيات المشهرة Associations déclarées

اجراءات الشهر : نصت المادة الخامسة من القانون على أنه لا تكتسب أية جمعية الأهلية القانونية المنصوص عليها فى المادة السادسة الا اذا تولى أعضاؤها المؤسسون شهرها . واجراءات الشهر فصلت معظمها المادة

(١) حدث فى احوال استثنائية ان اقر المشرع لبعض الجمعيات غير المشهرة بنصيب محدود من الاهلية القانونية مع اخضاعها لشروط خاصة . فقانون ٣٠ مايو سنة ١٩١٦ مثلا يجيز لجمعيات أعمال الحرب غير المشهرة ان تجمع تبرعات من الجمهور بعد الحصول على اذن خاص بذلك من وزير الداخلية .

الخامسة وتكفلت ببيان الباقى لائحة ١٦ أغسطس سنة ١٩٠١ التى صدرت تنفيذا لأحكام هذا القانون «[1]» .

والمقصود بهذه الاجراءات اعلام الغير بقيام الجمعية وتمكين الادارة من الاشراف على نشاطها . وتتلخص فى أن يقدم القائمون على انشاء الجمعية أو ادارتها اخطارا للهيئة الادارية التى يقع فى دائرتها مركزها الرئيسى . ويجب أن يشتمل الاخطار على بيان باسم الجمعية والغرض منها ومقر أبنيتها واسم كل من يشترك فى ادارتها وصناعته ومحل اقامته ، وأن يكون مصحوبا بايداع نسختين من القانون النظامى للجمعية . وتلتزم الجهة الادارية باعطاء ذوى الشأن ايصالا يثبت تسلمها للاخطار . وفى ظرف شهر من تاريخ تقديم الاخطار يجب أن تنشر عنه خلاصة فى الجريدة الرسمية ، وعلى الادارة حينئذ أن تدون تلك الخلاصة فى سجلاتها المخصصة للاعمال الادارية حتى يتسنى لكل ذى مصلحة الاطلاع عليها «[2]» .

وحيث يطرأ أى تعديل على القانون النظامى للجمعية فان من واجبها وفقا للمادة الخامسة اخطار الادارة به . ولقد ذكرت اللائحة التنفيذية حالات بالذات للتغيير الذى يمكن أن يطرأ على القانون النظامى وهى تغير الأشخاص القائمين على ادارة الجمعية أو توجيهها ، ونقل مركزها الرئيسى الى غير المقاطعة التى كان يقع فيها ، وتشييدها لأبنية جديدة ، وتملكها أو تصرفها فى عقارات تتطلبها أغراضها أو فى مكان تخصصه لادارتها أو اجتماعاتها (م ٣) . والجمعية ملزمة بأن تدون جميع مايطرأ من تعديلات وتغييرات فى سجل خاص يكون رهن طلب الادارة أو القضاء للاطلاع عليه . ولايحتج بأى تعديل أو تغيير على الغير الا اعتبارا من التاريخ الذى

(١) أصدرتها الحكومة بمقتضى السلطة المخولة لها فى المادة ٢٠ من القانون.

(٢) هذه الاجراءات واجبة الاتباع من جانب كل جمعية ترغب فى أن تعامل بأحكام المادة الخامسة سواء أكانت جمعية ناشئة ام جمعية نشأت ولكنها لم تخطر عن نفسها .

تخطر فيه الادارة بشأنه .

ويعزز القانون اجراءات الشهر عن طريق فرض جزاءات معينة . فالمادة السابعة (فقرة ثانية) تجيز عند مخالفتها حل الجمعية بناء على طلب النيابة العامة أو كل ذى مصلحة ، والمادة الثامنة (فقرة أولى) تقضى بتوقيع عقوبة على مرتكبى المخالفة هى الغرامة التى تتراوح بين ألفين وأربع وعشرين ألف فرنك وبمضاعفتها فى حالة العود .

اهليتها القانونية :

بمجرد أن تقوم الجمعية باجراءات الشهر تكتسب ــ بصريح نص المادة السادسة وبدون حاجة الى اذن من الادارة ــ أهلية قانونية محدودة . فيكون لها أن تقاضى الغير باسمها ، وأن تتملك بعوض أنواعا معينة من الاموال وأن تحوزها وتديرها لحسابها .

وتشمل هذه الاموال فضلا عن الاعانات التى يمكن أن تتلقاها الجمعية من الدولة أو احدى الهيئات الادارية المحلية ما يلى :

١ ــ اشتراكات الاعضاء أو المبالغ المحصلة على ذمة الاشتراكات بشرط ألا تزيد بأى حال على عشرة آلاف فرنك . والعلة فى تحديد حد أقصى للاشتراكات أو ما يقوم مقامها هى أن المشرع قصد الى تفويت سعى الجمعيات للحصول على تبرعات تحت ستار اشتراكات مبالغ فيها .

٢ ــ المكان المخصص لادارة الجمعية أو لاجتماع أعضائها .

٣ ــ العقارات التى لاغنى عنها أصلا **strictement nécessaires** فى سبيل تحقيق أغراض الجمعية .

ويستفاد من سياق المادة السادسة ومن الاعمال التحضيرية السابقة عليها أن الحقوق المسموح للجمعيات المشهرة بمباشرتها واردة على سبيل الحصر ، ومن ثم لايسوغ التوسع فى تفسيرها . فلئن كان للجمعية أن تتملك بعوض الأموال المتقدم بيانها فليس لها أن تتملك عقارا أو منقولا

بغير مقابل ، ولا حتى أن تتملك بعوض عقارات غير لازمة لتحقيق أغراضها .

وحيث تخالف الجمعية أحكام المادة السادسة فانها لاتتعرض للحل أو المسئولية الجنائية كما هو الشأن بالنسبة الى مخالفة اجراءات الشهر ، ولكن جميع التصرفات التى توصل الى ارتكاب المخالفة بطريق مباشر أو غيرمباشر تقع باطلةولايترتب عليها أىأثر قانونى وفقا لما تقضى بهالمادة ١٧ .

على أنه مهما يكن التفسير حصريا للمادة السادسة فان ثمة حقوقا لايتصور انكارها على الجمعية المشهرة لانها نتيجة لازمة وتحصيل حتمى للحقوق التى أقر لها بها المشرع . فحق التقاضى مثلا يفترض تخويل حق اجراء صلح قضائى وحق ادارة العقارات يتضمن حق صيانتها وترميمها وهكذا .

ح ـ الجمعيات ذات النفع العام

Associations reconnues d'utilité publique

اجراءات الاعتراف بالجمعية : لابد لاية جمعية تريد أن يعترف بها من أن تستوفى اجراءات عديدة فصلتها اللائحة التنفيذية لقانون سنة ١٩٠١ . واذا ماتأكدت الادارة من توافر الجمعيةعلى الشروط التى يتطلبها القانون واطمأنت الى تمام استيفائها للاجراءات المنصوص عليها ، فانها تصدر مرسوما décret تعترف لها بمقتضاه بأنها من الجمعيات ذات النفع العام .

أهليتها القانونية :

تتمتع الجمعيات ذات النفع العام بأكبر نصيب من الاهلية القانونية فلها طبقا للمادة الحادية عشرة من القانون ان تباشر كل التصرفات المدنية التى لاتحظرها قوانينها النظامية بشرط مراعاة قيدين رئيسيين : أولهما أنه لايجوز لها أن تحوز أو تتملك سوى العقارات الضرورية لتحقيق أغراضها وثانيهما أنه وان ساغ لها أن تحوز أو تتملك من المنقولات ما شاءت فيجب

أن تراعى فى استغلالها أن تكون قيما أسمية valeurs nominatives ولكل من القيدين حكمة استهدفها المشرع . فقد حفزه الى فرض أولهما خشيته من تضخم مالية الجمعيات ودرء ما يمكن أن يفضى اليه ذلك فى نظره من حبس الاموال عن دائرة التعامل . وقصد من وراء القيد الآخر الى تمكين الادارة من الاشراف على كيفية استغلال الجمعيات لاموالها المنقولة فضلا عن حماية الجمعيات ذاتها ضد تبديد تلك الاموال .

على أن أظهر ما خص به القانون الجمعيات ذات النفع العام من ميزات قانونية هو السماح لها بقبول الهبات والوصايا فى الحدود التى نصت عليها المادة ٩١ من القانون المدنى والمادة الخامسة من قانون ٤ فبراير سنة ١٩٠١ . ولقد قضت هاتان المادتان بضرورة الحصول على اذن من الادارة لقبول أية جمعية الهبات أو الوصايا . ويكون من اختصاص الهيئة الادارية المحلية أن تصدر قرارا بالموافقة اذا كان موضوع الهبة أو الوصية مالا منقولا أيا كانت قيمته أو عقارا لاتتجاوز قيمته ثلاثة آلاف فرنك . وفى غير تلك الاحوال يلزم صدور اذن من الادارة فى شكل مرسوم بعد استشارة مجلس الدولة décret en Conseil d'Etat .

وحيث توهب الجمعية أو يوصى لها بعقارات غير لازمة لتحقيق أغراضها فان الهبة أو الوصية تتم صحيحة ولكن يتعين على الجمعية حينئذ أن تتصرف فى تلك العقارات وفقا لما يحدده المرسوم أو القرار الادارى من موعد واجراءات . أما الحصيلة النقدية الناتجة عن التصرف فى تلك العقارات فانها تكون من حق الجمعية وتؤول الى خزانتها .

هذا وتحظر المادة الحادية عشرة على الجمعيات قبول الهبات المشروطة بانتفاع الواهب بثمار الموهوب سواء كان عقارا أو منقولا . والحظر على هذه الصورة مقصود به رعاية أفراد عائلة الواهب الذى لا يجد غضاضة فى تضحية مصالحهم بينما يأبى أن يتأثر صالحه هو بالهبة .

صورة خاصة للجمعيات ذات النفع العام

المجامع الدينية Congrégations religieuses : ليس فى نصوص القانون تعريف للمجامع الدينية . على أنه يؤخذ مما استقر عليه قضاء المحاكم ان المجمع الدينى هو جمعية تضم أشخاصا تعاهدوا على العيش معا بمقتضى قسم دينى مشترك فى ظل القواعد التى ترتضيها لهم كنيستهم «[١]» .

وقد تقتصر أهداف المجمع الدينى على تهيئة معيشة مشتركة لاتباعها ، وقد تتجاوزها الى القيام بألوان مختلفة من النشاط الذى تدعو اليه الأديان كالوعظ والارشاد ونشر التعليم ومساعدة الفقراء والعناية بالمرضى . وبالرغم من أنه ليس من شأن تلك الاهداف أن تثير هواجس الدولة أو أن تحملها على الحذر والاحتراس ، فان أكبر مايتسم به تاريخ المجامع الدينية هو تشدد السلطات الحاكمة ازاءها واخضاعها للعديد من التشريعات المقيدة . ومرد هذا التشدد أن الدولة تخشى من وجود المجامع الدينية على وجه الاستمرار وهيمنتها على أتباعها هيمنة تكاد تعدم سلطان الدولة وتعطل مايجب لها عليهم من ولاية وحقوق .

أهليتها القانونية : سجلت المادة الثالثة عشرة من قانون سنة ١٩٠١ نظرة المشرع المتشددة ازاء المجامع الدينية اذ قضت بابقائها خاضعة لنظام الاذن السابق ، بل وتطلبت فى الاذن أن يصدر بناء على قانون يحدد الشروط التى يلتزم المجمع بمراعاتها .

على أن ثمة تعديلا جوهريا قد طرأ على حكم المادة الثالثة عشرة فجعل المجامع الدينية أقرب ماتكون الى الجمعيات ذات النفع العام من حيث المركز القانونى . فمنذ صدور قانون ٨ ابريل سنة ١٩٤٢ أضحى من الجائز للمجامع الدينية ــ أسوة بالجمعيات العادية ــ أن تتكون من غير حاجة الى اذن سابق . بيد أنها لاتتمتع بالاهلية القانونية الا اذا تم الاعتراف بها بمقتضى مرسوم يصدر بعد استشارة مجلس الدولة .

---

(١) انظر ص ٣٩٠ من مختصر Colliard فى الحريات العامة .

حل الجمعيــات

كان طبيعيا والمشرع بصدد تسجيل حرية تكوين الجمعيات ــ أن ينظم الانقضـــاء غير الاختيارى على نحو يحمى نشـــاط الافراد من التعسف . فسن نصوصا حدد فيها الحالات التى تسوغ حل الجمعيات وتطلب عرض الامر على القضاء تمحيصا لمسوغات الحل وصونا للجمعيات من استبداد الادارة .

والحل القضائى dissolution judiciaire وارد ذكره فى المادة السابعة من القانون . وله حالتـــان يكون فى أحدهما الزاميا للقاضى وفى الثـــانية تخييريا موكولا الى تقديره .

فهو الزامى اذا كانت الجمعية باطلة لاحد الاسباب المنصوص عليهـــا فى المادة الثالثـــة وهى تاسيسها بالاستناد الى سبب مخـــالف للقوانين أو الآداب العامة ، أو الى غرض غير مشروع ، أو بقصد تهديد سلامة الاقليم القومى أو الشكل الجمهورى للحكومة . وتختص المحكمة المدنية حينئذ باعلان الحل بناء على طلب كل ذى مصلحة أو النيابة العامة ، ويجوز لها أن تامر باغلاق محـــلات الجمعية ومنع أعضائهـــا من الاجتماع فى جميع الاحوال .

وهو تخييرى اذا كان القائمون على تاسيس الجمعية لم يرعوا اجراءات الشهر المنصوص عليها فى المادة الخامسة . وتختص المحكمة المدنية فى هذه الحالة أيضا باعلان الحل بناء على طلب كل ذى مصلحة أو النيابة العامة .

فالقاعدة فى قانون سنة ١٩٠١ اذن هى ان الادارة لاتملك حل الجمعيات وانما الذى يختص بذلك هو القضاء بعد أن يستوثق من قيام أحد المسوغات التى تكفل القانون بتحديدها .

على أن القانون ذاته قد أورد على تلك القاعدة استثنائين : أحدهمـــا بشأن المجامع الدينية والآخر بشأن الجمعيات الأجنبية . فالمادة الثالثة عشرة تخول الادارة سلطة حل المجامع الدينية بمقتضى مرسوم بعد استشارة مجلس

الدولة . والمادة ٢٤ تنص على أن للادارة أن تسحب ــ بمقتضى مرسوم ــ الاذن الصادر بتكوين أية جمعية أجنبية .

وفضلا عن هاتين الحالتين توجد استثناءات صدرت بها قوانين وأوامر خاصة : فقانون ١٠ يناير لسنة ١٩٣٦والامر المؤرخ فى٣٠ ديسمبر سنة١٩٤٤ مثلا يجيزان للادارة ــ بمرسوم يصدر بعد موافقة مجلس الوزراء ــ حل أنواع معينة من الجمعيات والتنظيمات كالتى تحرض على المظاهرات المسلحة أو التى لها صفة شبه عسكرية أو التى تهدف الى تهديد سلامة الاقليم القومى أو الشكل الجمهورى للحكومة. والأمر المؤرخ فى٩ اكتوبر سنة١٩٤٣ مثلا يخول الادارة سلطة حل الجمعيات الرياضية وتنظيمات الشباب فى أحوال معينة عن طريق قرار يصدره وزير الداخلية .

وخلاصة القول أن حل الجمعيات موكول أساسا الى القضاء واستثناء الى الادارة . على أنه لاينبغى أن يفهم من هذا التمييز أن المجال منفسح أمام الادارة للتحكم فى الجمعيات والتعسف فى حلها . فالمستقر فى قضاء مجلس الدولة أن القرارات الصادرة من الادارة بحل الجمعيات تخضع لولايته الكاملة «[1]» .

فى مصر

قبل أن يتولى المشرع تنظيم الجمعيات كانت المحاكم تختلف فى تقديرها من حيث الاعتراف لها بالشخصية المعنوية . ففى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٠١

---

(١) يراجع على الاخص :
الحكم الصادر فى قضية الحزب الوطنى الشعبى بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٣٦
Cons. d'Etat, D.P. 1937. 3.14.
والحكم الصادر فى قضية الجمعيات الاشتراكية الفرنسية بتاريخ ١٧ يوليو ١٩٣٦
Cons. d'Etat, D.P. 1936.3.77.

قضت محكمة أسيوط الكلية «١» بان الجمعيات التى يقصد بها استفادة الكسب من الأموال المشتركة ـ أى الشركات ـ هى التى لها دون غيرها من الجمعيات الشخصية المعنوية • ومن ثم ذهبت الى أنه ليس للجمعية التى يكون القصد منها الاعمال الخيرية شخصية معنوية وليس لها أن توكل أحد أعضائها فى النيابة عنها أمام القضاء •

وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ قضت محكمة الموسكى الجزئية «٢» بان الجمعيات ليس لها مبدئيا وجود قانونى لأن الأصل هو أن الاشخاص الحقيقيين هم الذين يكونون أصحاب الحقوق • فالجمعيات التى هى هيئات غير حقيقية أى غير مادية لا يكون لها وجود قانونى الا اذا كان القانون قد منحها الشخصية الاعتبارية أو على الأقل ـ اذا كانت هذه الشخصية الاعتبارية يجب أن توجد بعد تشكيل الجمعيات للضرورة أو المصلحة العامة كما يقول البعض فان من اللازم صدور قانون يعترف بهذه الشخصية ليكون لهذه الجمعيات وجود قانونى • وفرعت المحكمة على ذلك بأنه نظرا لعدم صدور قانون يمنح الشخصية المعنوية للنادى السعدى لايكون له وجود قانونى ولا يصح لأحد أن يمثله بل يجب أن تكون معاملاته وتقاضيه باسم أعضائه كلهم أو بواسطة وكيل لهم •

على أن محكمة مصر الابتدائية الاهلية «٣» قضت بالغاء هذا الحكم فى ٢٥ مايو سنة ١٩٢٥ استنادا الى أن تكوين النادى السعدى يجعله فى عداد الجمعيات التى لاتسعى وراء الربح والى أن الدستور أباح فى المادة ٢١ للمصريين حق تكوين هذه الجمعيات • ورأت المحكمة أنه وان لم يصدر قانون يبين كيفية استعمال هذا الحق الا أنه يجب الاعتراف لتلك الجمعيات بالشخصية المعنوية التى لاغنى عنها للقيام باعمالها الضرورية لكيانها مادامت قد تكونت لغرض مباح وبنظام يجعل لها ذاتية مستقلة عن ذاتية الأعضاء

---

(١) المجموعة الرسمية . السنة الرابعة . رقم ٧ ص ١٤ .
(٢) المحاماه . السنة الخامسة . رقم ٣٠٥ ص ٣٥٦ .
(٣) المحاماه . السنة الخامسة . رقم ٦١٨ ص ٧٥٠ .

المكونين لها .

وتتمثل فى هذا الحكم وجهة النظر التى سبق أن حبذتها غالبية المحاكم الاهلية والمختلطة حتى قدر لها أن تسود وتستقر فى قضائها على السواء . ويكفى أن نشير على سبيل المثال الى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الاهلية «[1]» فى ٣ مارس سنة ١٩٩٥ والحكم الصادر من محكمة اسكندرية المختلطة «[2]» فى ١٩ مارس سنة ١٩٢٣ «[3]» .

والحكم الاول مؤسس على أن القوانين المصرية لم تتعرض لذكر الجمعيات التى لايكون الغرض منها الكسب والمرابحة فينبغى لمعرفة ما اذا كان انشاء هذه الجمعيات أمرا مباحا أم لا أن يرجع الى أصول القانون العام والحقوق الطبيعية للانسان وهذه وتلك تدل على أنه ما دامت الأغراض التى تسعى اليها هذه الجمعيات غير مخالفة للنظام العام فانشاؤها صحيح ومعتبر قانونا . ومتى أنشئت هذه الجمعيات أصبحت لها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الأعضاء . وهذا الشخص المعنوى يتمتع بالحقوق القانونية العامة والسلطة الممنوحة له بمقتضى لائحة الانشاء فله بواسطة النائب عنه أن يتعامل مع الغير ويتقاضى معهم أسوة بالشركات المدنية والتجارية .

وأكد الحكم الثانى حق كل جمعية تالفت فى مصر ولها مصالح خاصة

---

(١) الشرائع . السنة الثانية . رقم ٢٢٥ ص ٢١٤ .

(٢) قضية مدارس الفرير ضد جروس ـ المحاماه . السنة الخامسة . رقم ١٤٩ ص ١٦٣ .

(٣) اشارت مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى فى الجزء الاول ص٣٧١ ـ الى احكام عديدة فى هذا المعنى نوردها فيما يلى : **استئناف مختلط** ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ ب ٢١ ص ٢١٥ فيما يتعلق بجمعية هومير ، و١٢ مايو سنة ١٩١٢ بـ ٢٤ ص ٣٤٨ فيما يتعلق باتحاد البوغازجية ، و٣١ مارس سنة ١٩٢٧ بـ ٣٩ ص ٣٥٩ فيما يتعلق ببورصة البضائع فى الاسكندرية و ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ بـ ٣٩ ص ٥٤١ فيمايتعلق بالوفد ـ **ومصر الاهلية** ٢٥ يوليو سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٢٠٣ ، واسكندرية الاهلية استئنافى ٩ سبتمبر سنة ١٩١٣ مج ر ١٩١٤ سنة ١٥ رقم ١٣ فيما يتعلق بقانون موظفى بلدية الاسكندرية ، ومصر الاهلية استئنافى ٢٥ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماه ٥ ص.٧٥ فيما يتعلق بالنادى السعدى ومحكمة جنايات الزقازيق ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٨ مج ر سنة ٢٩ رقم ٨٣ فيما يتعلق بجمعية الرفق بالحيوان .

مستقلة ــ أو يمكن أن يكون لها مصالح خاصة مستقلة متميزة عن مصالح أعضائها ، وبصفة كونها شخصا أدبيا يحق لها الخصومة باسمها أمام القضاء. فالجمعيات الخيرية التى تالفت فى مصر وحصلت على امتيازات سياسية تملك الخصومة باسمها على اعتبار أنها شخص أدبى .

غير أنه مهما يكن موقف القضاء قبل تدخل المشرع لم يعد ثمة مجال للاجتهاد بعد أن تولت التشريعات المختلفة تنظيم الجمعيات . وتنم نصوص القانون المدنى على الأخص عن تاثر المشرع المصرى الى حد كبير بنصوص قانون الجمعيات الفرنسى لسنة ١٩٠١ . فلقد تقدم أن القانون الفرنسى يميز بين طوائف ثلاث من الجمعيات : جمعيات غير مشهرة لا يقر لها بأى وجود قانونى ، وجمعيات مشهرة تتمتع بأهلية محدودة ، وجمعيات معترف بأنها ذات نفع عام تتمتع بأهلية تكاد تكون كاملة .

ويمكن أن نلمس الروح العامة لهذا التنظيم فى القانون المصرى . فالمادة ٥٨ مدنى تنص فى فقرتها الاولى على ان الشخصية الاعتبارية تثبت للجمعية بمجرد انشائها ولكنها تستدرك فى فقرتها الثانية فلا تجيز الاحتجاج بهذه الشخصية قبل الغير الا بعد أن يتم شهر نظام الجمعية . والمادة ٧٩ تجيز للجمعيات التى يقصد بها تحقيق مصلحة عامة اعتماد نظامها كهيئة تقوم بمصلحة عامة .

يتحصل من هاتين المادتين أن القانون المصرى قد سار على منوال القانون الفرنسى فميز بين طوائف ثلاث من الجمعيات وهى كما يلى :

ا ــ الجمعيات غير المشهرة

وتثبت لها الشخصية الاعتبارية بمجرد انشائها بكل ما يستتبع ذلك من آثار فيما بين أعضائها دون أن يجوز لهؤلاء الاحتجاج بها على الغير .

وعلى هذا النحو تكون لها ذمة مالية مستقلة ، وأهلية فى الحدود التى يعينها نظامها ، وحق التقاضى ، وموطن مستقل ، ونائب يعبر عن ارادتها (المادة ٥٣ مدنى) . ولكن لا تكون لها حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى

على عقارات الا بالقدر الضرورى لتحقيق الاغراض التى أنشئت من أجلها. بيد أن هـذا الحظر لايسرى بالنسبة الى الجمعيات التى لايقصد منها غير تحقيق غرض خيرى أو تعليمى أو القيام ببحوث علمية (المادة ٥٧) .

ولا تنشأ الجمعيات فى نظر القـانون الا اذا وضع لهـا نظام مكتوب وموقع عليه من الاعضاء المؤسسين ومشتمـل على البيانات الآتية : اسم الجمعية والغرض منها ومركز ادارتها بشرط أن يكون هذا المركز فىمصر، اسم كل من الاعضاء المؤسسين ولقبه وجنسيته ومهنته وموطنه ، موارد الجمعية ، الهيئات التى تمثلها واختصاصات كل منها وطرق تعيين الاعضاء الذين تتكون منهم هـذه الهيئات وطرق عزلهم ، والقواعد التى تتبع فى تعديل نظام الجمعية .

وحيث تنشأ الجمعية نشأة غير صحيحة أو بطريقة سرية فان القـانون يحمى الغير الذى تعامل معها اذ ينص على بقاء الجمعية ملتزمة بما تعهد به مديرها أو العاملون لحسابها ويجيز تنفيذ هذه التعهدات على مالها سواء أكانناتجا عناشتراكات أعضائها أمكان منأى مورد آخر (المادة ٣/٥٩) .

ب ـ الجمعيات المشهرة

اجراءات الشهر : تنص المادة ٥٩ على أن الشهر يتم بالطريقـة التى يقررهاالقانون . ويستفاد من الاعمال التحضيرية للمادة ٥٨ أن الاتجاهكان نحو تنظيم اجراءات الشهر بحصول القيد فى السجل التجارى للمحافظة أو المديرية التى يقع فيهـا المركز الرئيسى للجمعية . على أنه لم يقدر لهـذا الاتجاه أن يؤخـذ به اكتفاء بأن شهر الجمعيات يتم تسجيلها فى سجـلات وزارة الشئون الاجتماعية. وقد صدر مؤخرا القانونرقم ٤ والمؤرخفى١٣ يناير سنة ١٩٥٢ بتنظيم شهر الجمعيات والمؤسسات فأوجب فى مادتهالاولى شهر نظمها وكل تعديل فى هذه النظم بالقيـد فى سجل يعد لذلك فى وزارة الشئون الاجتماعيـة ما لم يكن الشهر قد نظم بقانون خاص . وتفصيـل اجراءات هذا الشهر وارد فى المواد ٢ ـ ٤ منالقانون . وتتلخصالاجراءات

فى تقديم طلب القيد (أو تعديل النظام) من ممثل الجمعية ويرفق به نسختان من النظام موقعتان من مؤسس الجمعية (أو نسختان من التعديل موقعتان منه وكذا نسخة من محضر جلسة الهيئة التى تم فيها التعديل) . ويتم القيد خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الطلب ويسلم لذى الشأن شهادة بالقيد واحدى نسختى النظام (أو التعديل) مؤشرا عليهـا بحصوله . وحيث لايكون طلب القيد مستكملا بشروطه يعاد خـلال الثلاثين يوما الى ذوى الشأن بكتاب موصى عليه ومبينة فيه أوجه النقص .

اهليتها القانونية :

تتمتع الجمعيـات المشهرة بالشخصيـة المعنوية ليس فيما بين أعضائها فحسب بل كذلك قبل الغير . ولا يرد على أهليتها القانونية من قيد سوى حظر حيازة أو تملك العقارات الا بالقدر الضرورى لتحقيق الاغراض التى أنشئت من أجلها ــ وهو قيد لايسرى على الجمعيات التى لايقصد منهـا غير تحقيق غرض خيرى أو تعليمى أو القيام ببحوث علمية (المادة ٥٧) .

وحماية للغير من تستر الجمعيات وتحايلهـا على أحكام القانون نصت المادة ٥٩ على أن اهمـال الجمعية للشهر أو تهربهـا بأية وسيلة من اثبات وجودها رسميا لايمنع الغير من التمسك ضدها بالآثار المترتبة على الشخصية الاعتبارية ولا من التنفيذ على مالها ــ أيا كان مورده ــ بما يكون مديرها أو العاملون لحسابها قد تعهدوا به من التزامات .

صور خاصة للجمعيات المشهرة

١ ــ **الجمعيات التعاونية :** وتعرفها المادة الاولى من القانون رقم ٥٨ لسنـة ١٩٤٤ بأنها التى تكون غايتها تحسين حالة أعضائهـا من الوجهة المادية فى مسائل وأعمال الرى والصرف وبناء المساكن بقليـل النفقات أو ما شاكل ذلك بواسطة اشتراك جمهورهم متبعة فى ذلك المبادىء التعاونية . ويشترط فى نشأتها ألا يقل عدد أعضائها عن عشرة (المادة الثالثة) .

اهليتها القانونية : لاتثبت للجمعيات التعاونية الشخصيــة المعنوية الا اذا شكلت وسجلت وفقا للقانون • ويكون لها حينئــذ قبول الهبــات والوصايا والانتفاع بالاوقاف المحبوسة عليها (المادة ٤٢) •

ولا تعد الجمعية مؤلفة الا اذا قامت مصلحة التعاون بتسجيلها فى سجل خاص معد لذلك (المادة ١٣) وبنشر ملخص نظامها فى نشرة تصــدرها فى الجريدة الرسمية (المادة ١٥) • وتتلخص اجراءات التسجيل فى أن يرسل المؤسسون الى مصلحة التعاون نسختين من عقد التأسيس ونظام الجمعية موقعا عليهما منهم جميعا ومصــدقا فيهما على امضاءاتهم تصديقا رسميا • ويجب أن يشتمل كل من عقد التأسيس ونظام الجمعية على بيان واف عن حالة الجمعية حسب ما هو مطلوب فى المادتين التاسعة والعاشرة من القانون•

فان لم تعترض مصلحة التعاون على نظام الجمعيــة خلال شهرين من تبليغها به اعتبرت الجمعية قائمة ووجب تسجيلهــا • وان رأته غير مطابق لاحكام القانون وجب عليها اعادته الى المؤسسين قبل انقضاء شهرين من تبليغها به مشفوعا ببيان أسباب الرفض • وللمؤسسين فى هذه الحالة أن يرفعوا الامر بعريضة الى المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرة اختصاصهــا مركز الجمعية • وعلى المحكمة بعد سماع ملاحظات المصلحة أن تبت فيــه بطريق الاستعجال وبدون مصاريف ويكون حكمها غير قابل لأى وجه من وجوه الطعن (المادة ١١) •

٢ ــ **الجمعيات الخيرية :** تعرف المادة الاولى من القانون رقم ٤٩ لسنــة ١٩٤٥ الجمعية الخيرية بأنها كل جماعة من الافراد لاتقصد الى ربح مادى وأنها تسعى فى حدود النظام العام والآداب الى تحقيق أغراض البر سواء كان ذلك عن طريق المعاونة المادية أو الادبية •

اهليتها القانونية : لاتثبت للجمعيات الخيرية الشخصية المعنوية الا اذا شكلت وسجلت وفقا للقانون • ويتولى تسجيلها ونشر قرار تسجيلها فى الجريدة الرسمية وزارة الشئون الاجتماعية بناء على طلبها بشرط أن ترفق

به الاوراق المثبتة لحالتها حسب ما هو مبين فى المادتين الثالثة والرابعة من القــانون .

فان لم تعترض الوزارة على الطلب خلال ستين يوما من تاريخ تقديمه وقع التسجيل بحكم القانون . وان رأته غير مطابق لاحكام القانون وجب عليها اعادته الى ذوى الشأن قبل انقضاء ستين يوما على تلقيها له بكتاب مسجل تبين لهم فيه أوجه النقص . ولهؤلاء فى هذه الحالة الطعن فى قرار الوزارة برفض التسجيل أمام المحكمة الابتدائية الواقع فى دائرة اختصاصها مركز الجمعيةوذلك فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ اخطارها بالقرار.ويكون حكم المحكمةفى هذا الطعن نهائيا ويقوم مقام قرار التسجيل نفسهوينشر فى الجريدة الرسمية بدون مقابل (المواد ٢ و ٦ و ٧) .

وجدير بالذكر أن المادة ١٥ تحظر على الجمعيــات غــير المسجلة جمع تبرعات الا فى حدود الاغراض التى تعمل لها وبعد الحصول على ترخيص منوزير الشئون الاجتماعية قبل بدء الجمع بشهر علىالاقل. ويجوز للوزير أن يرخص بالبــدء فى جمع التبرعات قبــل مضى الشهر فى حالات الاغاثة المستعجلة . وما لم يرفض الوزير الترخيص قبــل انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ وصــول الطلب عد الطلب مقبولا . أما اذا رفض الترخيص فيتعين عليه ابداء الاسباب .

٣ ـ الجمعيات الخاضعة للقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ : وهى الجمعيات التىتسعى الىتحقيقأغراضاجتماعية أو دينية أو علمية أو أدبية اذا كانعدد أعضائها يزيد على عشرين شخصا طبيعيا . ويستثنى من ذلك الجمعياتالتى تصدر مراسيم باعتماد نظمها ، وجمعيات النشاط المدرسى ، والجمعيــات التى تخضع لقوانين خاصة .

اهليتها القانونية : نصت المادة ١٨ على أنه فى غير الاحكام الخاصةالتى أوردهاالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ تسرى علىالجمعيات القواعدالمنصوص عليها فى القانون المدنى . ونظرا لعدم وجود أحكام خاصة بالاهلية القانونية

للجمعيات «[١]» فان الاحكام المدنيـة التى ذكرناها آنفا تسرى على هـذه الجمعيات اذا ما تم تشكيلها وفقا للقانون الذى ينظمها .

ويلزم فى تشكيل هذه الجمعيات اخطار المحافظة أو المديرية التابع لها مركز ادارة الجمعية وذلك خلال ثلاثين يوما من انشائها بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . ويشفع الاخطار بنظام الجمعية الموقع من الاعضاء المؤسسين والمشتمل على البيانات المثبتة لحالة الجمعية حسب ماهو منصوص عليه فى المادة الرابعة من القانون .

ومالم يعارض المحافظ أو المدير قبل انقضاء ثلاثين يوما على وصـول الاخطار كان للجمعيـة أن تباشر نشاطها . أما اذا عارض فيتعين أن تكون معارضته بقرار مسبب مستنـد الى عدم توفر حكم من أحـكام القانون (المادتان الخامسة والسادسة) .

ويجوز لكل ذى شأن أن يتظلم من قرار المعارضة الى وزير الداخليـة خلال الستين يوما التالية لتاريخ ابلاغ القرار ، كما يجوز الطعن فى القرار أمام محكمة القضاء الادارى فى المواعيد المحددة بمقتضى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة (المادة السابعة) .

٤ ــ الاندية : وقد نظمها القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٤٩ .

اهليتها القانونية : اذا فتح النـادى وفقا للقـانون تكون له الشخصيـة المعنوية مع تحفظين أوردتهما المـادتان ١٩ و ٢٠ من القانون . فالمادة ١٩ تشترط لجواز قبول الهبات والوصايا أن يحصل النادى على موافقة وزارة الشئون الاجتماعية وأن تكون تلك الهبـات والوصايا خالية من أى قيـد يتنافى مع الاغراض التى أنشىء النادى من أجلهـا . والمادة ٢٠ تحظر على

---

(١) ظاهر المادتين ١٠ و ١١ انهمـا أوردا أحكاما خاصـة والواقع غير ذلك فالمادة العاشرة تحظر على الجمعية أن تجاوز فى نشاطها الغرض الذى انشئت من أجله ــ وهو ترديد لحكم المادة ٦٦ مدنى . اما المادة الحادية عشرة فتحظر على الجمعية أن يكون لها تشكيلات عسكرية أو شبه عسكرية ــ وليس هـذا الحكم الا ترديدا لما أورده المشرع الجنائى خاصا بحظر الجمعيات شبه العسكرية .

النادى ايجاد علاقة مع أية جمعية أو ناد مقره خارج مصر من غير الحصول على ترخيص بذلك من وزارتى الشئون الاجتماعية والداخلية ــ سواء تمثلت تلك العلاقة فى انتساب أو اشتراك أو انضمام أو حصول على نقود أو منافع من أى نوع مباشرة أو بالواسطة .

والأصل فى فتح النادى أو نقله من مكان الى آخر وفقا للقانون ضرورة ابلاغ المحافظة أو المديرية بكتاب موصى عليه قبل الفتح أو النقل بثلاثين يوما على الاقل ــ الا أن يكون النادى المراد فتحه أو نقله قد سبق الحكم بغلقه فيلزم الحصول على ترخيص من المحافظة أو المديرية (المادة الاولى).

ويجب أن يشفع الابلاغ بثلاث نسخ من لائحة النظام الاساسى للنادى والاوراق المثبتة لحالته حسب ماهو وارد فى المادتين الثانيــة والثالثة من القانون .

ومالم يعارض المحافظ أو المدير خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغه جاز فتح النادى أو نقله . أما اذا عارض فيتعين أن يعلن معارضته قبل انقضاء الثلاثين يوما بكتاب موصى عليه وأن تكون المعارضــة مسببة ومبنية على مخالفة الفتح أو النقل للقانون استنادا الى أحد الاسباب المذكورة فى المادة السادسة .

حـ ــ الجمعيات ذات النفع العام

تجيز المادة ٧٩ من القانون المدنى للجمعية التى يقصد بها تحقيق مصلحة عامة أن تطلب اعتبــارها هيئة ذات نفع عام وذلك بمرسوم يصدر باعتماد نظامها .

اهليتها القانونية :

لعل أبرز ما خص به القانون هذه الطائفة من الجمعيات دون غيرها أنه سمح باطلاق نشاطها القانون الى أقصى حد . فبينما قيــد حيازة أو تملك العقارات مفروض على سائر الجمعيات الا حيث يقصد منها مجرد تحقيق

غرض خيرى أو تعليمى أو القيام ببحوث علمية (المادة ٥٧) ــ نجد أن المادة ٧٩ ترخص للادارة فى أن تعفى بمقتضى مرسوم أية جمعية تنشأ لمصلحة عامة من هذا القيد .

ولئن كان قيام الجمعية بخدمة عامة هو الذى يبرر منحها هذه الميزة فانه هو أيضا الذى يوجب اخضاعها لما تراه الادارة لازما من اجراءات الرقابة عليها ــ وهذا ما تخوله لها المادة ٧٩/٣ .

ونذكر على سبيل المثال لهذه الطائفة : جمعية التشريع والاقتصاد التى صدر باعتماد نظامها مرسوم ٤ مايو سنة ١٩٠٨ ، وجمعية الهلال الاحمر المصرى الصادر باعتماد نظامها مرسوم ٥ ابريل ١٩٣٣ ، وجمعية الكشافة المصرية الصادر باعتماد نظامها مرسوم ٢٥ ابريل سنة ١٩٣٥ . ومن مظاهر الرقاقبة الادارية عليها أن رئيس كل منها يعين بمرسوم .

حل الجمعيات

لم يشأ المشرع المصرى أن يأخذ بالنظام الايطالى الذى لايعرف الا صورة واحدة للحل غير الاختيارى وهى صورة الحل بقرار تصدره السلطة الادارية من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الاعضاء . وقد ذكر تفسيرا لاستبعاد هذا النظام أنه « يتمشى مع تحكم السلطة الادارية فى الاعتراف بالشخصية القانونية للجمعيات وهو بعد نظام يتمشى مع الاتجاهات العامة للحكومة الاطلاقية وتنكره روح الدستور المصرى كل الانكار » .

أما النظام الذى قرره المشرع المصرى فى المادة ٦٦ من القانون المدنى فلا يجيز حل الجمعية الا عن طريق حكم يصدر من المحكمة الابتدائية التابع لها مركز الجمعية وذلك بناء على طلب أحد الاعضاء أو أى شخص آخر ذى مصلحة أو النيابة العامة فى الاحوال الآتية :

١ ــ عجزها عن الوفاء بتعهداتها .

٢ ــ تخصيص أموالها أو أرباح أموالها لاغراض غير التى أنشئت من أجلها .

٣ ــ ارتكابها مخالفة جسيمة لنظامها أو للقانون أو للنظام العام •

هذا ويجوز للمحكمة اذا رفضت طلب الحل أن تبطل التصرف المطعون فيــه •

صور خاصة لحل الجمعيات

١ ــ **الجمعيات التعاونية** : نص القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٤٤ على أنه تختص المحكمة «١» الواقع فى دائرتها مركز الجمعيــة التعاونية بحل الجمعية فى الاحوال الآتية : اشتغالها بالمسائل السياسية أو الدينية أو تقديمها المساعدة أو المعونة بالذات أو بالواسطة الى الاحزاب السياسيــة ــ وذلك بناء على طلب وزير الشئون الاجتماعية (عن طريق مدير مصلحة التعاون) أو طلب النيابة العامة ، اضطراب عملها بسبب تكرار اخلالها بمبــادىء التعاون أو القواعد المقررة فى القانون أو نظام الجمعية أو لأى سبب آخر ــ وذلك بناء على طلب وزير الشئون الاجتماعية وحده ، واعسارها بسبب تكرار اخلالها بتعهداتها ــ وذلك بناء على طلب وزير الشئون الاجتماعية أو طلب دائنى الجمعية (المادتان ٨٥ و ٨٨ من القانون) •

٢ ــ **الجمعيات الخيرية** : قضى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ بأن يختص رئيس المحكمــة الابتدائية الواقع فى دائرتها مركز الجمعية الخــيرية بحل الجمعية وذلك بناء على طلب وزير الشئون الاجتماعية فى الاحوال الآتية : عجزها عن تحقيق الغرض الذى تسعى اليه ، تصرفها فى الأموال التى تحت يدها فى غير الأوجه المحددة لها ، رفضهــا التفتيش عليها أو تقديمها لبيانات غير صحيحة بقصد التضليل ، خروجها على النظام الأساسى المسجل فى وزارة الشئون الاجتماعية ، وقيامها بأعمال تخالف النظام العام أو الآداب •

ويجوز لكل من الوزير وممثل الجمعية أن يعارض فى أمر رئيس المحكمة خلال خمسة عشر يوما من اعلانه • وتقضى المحكمــة فى هذه المعارضة على

---

(١) المحكمة الابتــدائية او الجزئية على حسب قيمة اموال الجمعية المراد تصفيتها (المادة ٨٨ من القانون) •

وجه السرعة ويكون حكمها نهائيا (المادة الحادية عشرة من القانون) •

٣ ــ **الجمعيات الخاضعة للقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ :** يجوز لوزير الداخلية عند مخالفة الجمعية لاحكام القانون أن يطلب حلها أو حل فروعها أو ابطال الاجراء المخالف • ويقدم طلب الحل الى رئيس المحكمة الابتدائية الواقع فى دائرتها مركز الجمعية أو الفرع •

ويجوز لكل من الوزير وممثل الجمعية المعارضة فى أمر رئيس المحكمة خلال خمسة عشر يوما من اعلانه ــ وتقضى المحكمة فى هذه المعارضة على وجه السرعة ويكون حكمها نهائيا • ولها اذا رفضت طلب الحل أن تبطل الاجراء المخالف (المادة الثانية عشرة من القانون) •

٤ ــ **الاندية :** يترتب على مخالفة أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٤٩ معاقبة المسئولين عن تلك المخالفة بالعقوبة المقررة فى المادة ٢٢ منه فضلا عن الحكم بغلق النادى مؤقتا أو نهائيا على حسب الأحوال •

خلاصة ختامية

لحرية تكوين الجمعيات مظهران : أحدهما جنـائى والاخر مدنى

فالمظهر الجنائى يتمثل فى أن يكون تكوين الجمعيات فعلا مباحا لا يرد عليه من القيد الا ما يقتضيه صالح الجماعة . ولقد بينا فيما تقدم كيف أن المشرعين الثلاثة : الانجليزى والفرنسى والمصرى — قد تلاقوا فى الاتجاهات الرئيسية التى صدروا عنها فى تنظيمهم لهذا المظهر .

اما المظهر المدنى فيتناول حياة الجمعيات القانونية نشأة وانقضاء .

فالناحيــة الاولى التى يتمثــل فيها المظهر المدنى هى تشكيل الجمعيات ، وتقتضى أن يسمح للجمعيات باكتساب الاهليــة القانونية اللازمة لتحقيق أغراضها بمجرد تشكيلها — أو على الأكثر — بمجرد اعلامها للغير بتشكيلها . وبغير ذلك تكون الحرية ناقصة لا تكفل ما ينبغى أن يوفر لنشــاط الافراد من أثر ومدى .

وبمقارنة التنظيمات التى سنها المشرعون الثلاثة لحرية تكوين الجمعيات من هذه الناحية يتضح أن التنظيم الانجليزى هو أبعدها عن تحقيق الاهداف المتوخاه . فهو يقوم أساسا على تخويل الادارة سلطــة منح الشخصيــة القانونية للجمعيات أو منعها عنها .

أما التنظيم الفرنسى فهو أكثر رعاية لمعنى الحرية اذ يصدر عن التمييز بين طوائف ثلاث من الجمعيــات : جمعيات غير مشهرة لا يعترف لها بأى وجود قانونى ، وجمعيــات مشهرة تكتسب بمجرد قيامها باجراءات الشهر أهلية قانونية محــدودة ، وجمعيات ذات نفع عام تتمتع بأكبر نصيب من الاهلية القانونية وان لزم لقيامها اعتراف يصدر من جانب الادارة .

على أن التنظيم المصرى وان اقتبس عن التنظيم الفرنسى فكرة التمييز بين طوائف الجمعيات الثلاث — يعد أوفى التنظيمات فى هــذا الصدد . فالجمعيــات غير المشهرة — التى لا يقر لها التنظيم الفرنسى بالشخصيــة القانونية أصلا — يقر لها هو بالشخصية القانونية بما يستتبع ذلك من آثار

فيما بين أعضائها . والجمعيــات المشهرة ــ التى يقر لهـا التنظيم الفرنسى بأهليةقانونية محدودة ــ يقر لها هو بأهلية تصل فى اكتمالها الى الحد الذى يسوغ وضعها موضع الجمعيات ذات النفع العام فى فرنسا . والجمعيــات ذات النفع العام ــ التى يخضعها التنظيم الفرنسى لقيدين أحــدهما خاص بحيازة أو تملك العقارات والآخر خاص بكيفية استغلال القيم المنقولة ــ يقر لها هو بأهلية قانونية كاملة ويجيز للادارة اعفاءها من القيد الوحيــد الخاص بالعقارات .

والناحية الثانية التى يتمثل فيها المظهر المدنى لحرية تكوين الجمعيات هى انقضاء الجمعيات . فليس ثمة شك فى أن السماح بحل الجمعيات على غير اختيار الافراد المكونين لها من غير قيد هو من قبيل المصادرة لحرية تكوين الجمعيات. وعلى هذا النحو يكون من الضرورى لاى نظام يقــدس الحرية ألا يجيز حل الجمعيــات الا فى أحوال استثنائية ، وأن يخضــع الحل حتى فى تلك الاحوال لرقابة القضاء دفعا لما يمكن أن يشوبه من تعسف أو اعتداء على حقوق الافراد .

وبمقارنة التنظيمات فى الدول الثلاث من هذه الناحية يبين أن التنظيم الانجليزى هنا أيضا هو أقلهــا شأنا . فهو يخول الادارة سلطــة تقديرية واسعة فى حل الجمعيات دون أن يوفر قضاء اداريا يستطيع أن يحاسبها على الكيفية التى تمارس بها تلك السلطة .

أما التنظيم الفرنسى فلا يجيز حل الجمعيات أساسا الا عن طريق القضاء العادى ولاســباب خطيرة واردة على سبيــل الحصر . ولئن أجاز للادارة على سبيل الاستثناء سلطة حل الجمعيات فان مجلس الدولة خير رقيب يحول دون التعسف فى استعمال تلك السلطة أو الخروج فى ممارستها على أحكام القــانون .

على أنه لايزال التنظيم المصرى هو أقرب التنظيمـــات الى الكمــال التشريعى لانه يحظر الحل الادارى ويجعل القضاء العادى وحــده المختص بحل الجمعيات لمسوغ يقتضيه .

أهم المـــراجع

باللغـــة العربيـــة

العقود المدنية الصغيرة للدكتور محمد كامل مرسى . الطبعة الثانيـة سنة ١٩٣٨ .

شرح القانون التجارى للدكتور محمد صالح . الجزء الاول . الطبعة السابعة ١٩٤٩ .

الوسيط فى القانون التجارى للدكتور محسن شفيق . الجزء الاول . الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ .

مبادىء العلوم القانونية للدكتور محمد على عرفة . سنة ١٩٤٢ .

تاريخ الحياة النيابيـة فى مصر للاستاذ محمـد خليل صبحى . الجزء الخامس . سنة ١٩٣٩ .

مذكرات فى السياسـة المصرية للدكتور محمد حسين هيكل . الجزء الاول سنة ١٩٥١ .

فى أعقاب الثورة المصرية للاستاذ عبد الرحمن الرافعى . الطبعة الاولى سنة ١٩٤٧ .

شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للاستاذين محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد . الطبعة الثانية . ١٩٤٣ .

الموسوعة الجنائية للاستاذ جندى عبد الملك . الجزء الاول . الطبعة الاولى .

الاحكام العامة فى القانون الجنائى للاستاذ على بدوى . سنة ١٩٣٨ .

شرح الاحـكام فى قانون العقوبات المصرى للاستـاذ محمود ابراهيم اسماعيل . الطبعة الاولى . سنه ١٩٤٥ .

جريمة الاتفاق الجنائى فى قانون العقوبات المصرى المقارن للدكتورعلى حسن الشامى . سنة ١٩٤٩ .

باللغـة الانجليزية

Dicey A. V. = Law of the Constitution, 9th. edit, London 1948.

English and Empire Digest, vol. XIV London 1924.

Friedman W. = Legal Theory, 2nd edit., London 1949.
Goadby F.M. = Introduction to the Study of Law, 3rd. edit., London 1921.
Halsbury = Laws of England, vol. IX, 2nd. edit., London 1933.
Kenny C.S. = Outlines of Criminal Law, 15th. edit., Cambridge 1947.
Palmer = Company Law, 19th. edit. by A.F. Topham, London 1949.
Paton G. W. = A Text-book of Jurisprudence, Oxford 1946.
Pollock F. = Principles of Contrat, 9th edit., London 1921.
Ridges E. W. = Constitutional Law, 8th. edit., London 1950.
Russel W.O. = Felonies and Misdemeanors, 2 vols., 9th. edit., London 1936.
Stephens's Commentaries on the Laws of England, vols. II & IV, 21st. edit., London 1950.
Wade E.C.S. & Philips G.G. = Constitutional Law, 2nd edit., London 1937.

باللغة الفرنسية

Capitant H. = Introduction à l'Etude du Droit Civil, 4e edit., Paris.
Colliard C. = Précis de Droit Public, Les Libertés Publiques, Paris 1950.
Ducrocq T. = Droit Administratif, Tomes III & VI, 7e édit., Paris 1905.
Duguit L. = Traité de Droit Constitutionnel, Tome V, 2e. edit, Paris 1925.
Esmein A. = Droit Constitutionnel, Tome II, 8e. édit., Paris 1928.
Garçon E. = Code Pénal Annoté, Tome I, 1901-1906.
Garraud R. = Traité du Droit Pénal Français, Tome V, 3e. édit., Paris 1924.
Tome III, 3e. édit, Paris 1916.
Goyet F. = Précis de Droit Spécial, Paris 1945.
Moreau F. = Manuel de Droit Public Français, Droit Administratif, Paris 1909.
Nourrisson P. = Histoire de la Liberté d'Association en France depuis 1789, Paris 1920.
Vareilles- Sommières = Les Personnes Morales, Paris 1919.

الدفع بعدم القبول

للدكتور احمد ابو الوفا

مدرس قانون المرافعات

بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

مقـــدمة

الدفع بعدم القبول Fin de non recevoir ou de non valoir ou de non procéder هو وسيلة دفاع moyen de défense يرمى الى انكار وجود الدعوى ، فهو يوجه اذن الى الوسيلة التى يحمى بها صاحب الحق حقه وما اذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التى يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى ، أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة «(١)» .

ولقد ذهبت الآراء فى تحديد أحكام هــذا الدفع الى مذاهب شتى ، وليس فى طيات أى مذهب منها مايقطع برأى بصددها . ولعل الاضطراب فى دراسته وتفكك الرأى بشأنه يرجع الى ماله من طبيعة خاصة ، تختلف

(١) انظر فى هــذا الموضوع على وجه الخصوص جلاســون وتسييه ١ رقم ٢٢٧ ومابعده وجارسونيه ١ رقم ٤٤٣ ومابعده وجابيو ١٢٥ وما بعــده وسوليس (طبعة ١٩٥٠ ــ ١٩٥١) ص ٩٦ وما بعدها ومقال Beguet فى الدفع بعدم القبول (مجلة القانون المدنى ١٩٤٧ ص ١٣٣ وما بعدها) ومقال Vasseur فى مجلة القانون المدنى العدد الاخير سنة ١٩٥٠ رقم ١٥ومابعده فى Délais prefix, délais de prescription, délais de procédure ومؤلف Vanlaer « المرسوم بقانون الصادر فى ٣٠ اكتوبر ســـنة ١٩٣٥ » الجزء الاول ص ٢٧٨ وملحق جلاسون ٥ رقم ٢٢٧

ومقال Vizioz فى observations sur l'Etude de la procédure civile بمجلة Revue générale du droit سنة ١٩٢٧ وما بعــدها ومؤلف الدكتور عبد المنعم البدراوى فى « اثر مضى المدة فى الالتزام »سنة ١٩٥٠ رقم ٢٦٨ وما بعده ومؤلف الدكتور الشرقاوى فى « نظرية المصلحة فى الدعوى سنة ١٩٤٧ رقم ٣٧٨ وما بعده ومؤلف المرحوم العميد محمد حامد فهمى فى المرافعات رقم ٣٨٣ ومؤلف الدكتور الشرقاوى فى المرافعات رقم ٦٦ ومؤلفنا فى المرافعات رقم ١٨٥ وما بعده والمذكرة التفسيرية لقانون المرافعات .

عن طبيعة الدفوع الموضوعيـــة والدفوع الشكلية ، وتجعله يحتل مركزا وسطا بينهـــا ، فهو فى بعض الاحوال يتفق مع الدفوع الموضوعيـــة فيما يختلف فيـــه مع الدفوع الشكليـــة ، وفى أحوال أخرى يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه مع الدفوع الموضوعية .

فالدفع الموضوعى من الجائز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى لانه لايعـــدو أن يكون وسيلة دفاع تتعلق بذات الحق والاصـــل انه من الجائز ابداء أوجه الدفاع هذه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لاول مرة فى الاستئناف ، والدفع الموضوعى يوجه الى أصل الحق فالحكم بقبوله يترتب عليه حسم النزاع على أصل الحق ، كما يحوز هذا الحكم حجيـــة الشىء المحكوم به فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التى أصدرته أو أمام أية محكمة أخرى ، واستئنافه يطرح الموضوع من جديد على المحكمة الاستئنافية فيتعين عليهـــا ان هى الغت الحكم المطعون فيـــه أن تقضى من جديد فى موضوع الدعوى وذلك بناء على ما للاستئناف من أثر نقل النزاع الى محكمة الدرجة الثانية .

والدفع الشـــكلى لايوجه الى ذات الحق المدعى به انمـــا يوجه الى الخصومة ـ باعتبارها مجموعة اجراءات يتعين على الخصم مبـــاشرتها اذا شاء الالتجاء الى القضاء للحصول على المنفعـــة التى يخولها له حق معين يدعيه . فالدفع الشكلى اذن عائق مؤقت obstacle temporaire يوجه الى اجراءات الخصومة بدعوى مخالفتها للاوضاع التى رسمها قانون المرافعات ويقصد به تفـــادى الحكم فى الموضوع بصفة مؤقتة . ولم يجز القـــانون التراخى فى ابدائه بل أوجب على الخصـــم أن يدلى به قبل التـــكلم فى الموضوع والا سقط الحق فيه وذلك منعا من تأخير الفصل فى الدعوى لان الوضع الطبيعى أن يستنفد الخصم أولا وسائل دفاعه التى تتعلق بشكل

الاجراءات ثم يعرج على الموضوع ، كما أن الوضع الطبيعى أن يبحث القاضى فى صحة الاجراءات قبل بحث الموضوع لان الفصل فى الدفع الشكلى قد يغنيه عن التعرض للموضوع اذ يترتب على قبوله انقضاء الخصومة أمامه دون الفصل فى موضوعها . انما اذا تعلق الدفع الشكلى بالنظام العام فمن الجائز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، كما أن القاعدة أن القاضى عليه أن يراعى من تلقاء نفسه كل مايمس النظام العام . والحكم الصادر بقبول الدفع الشكلى لايمس أصل الحق وبالتالى لايترتب عليه انهاء النزاع بصدده ، انما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة ومن الجائز تجديدها باتخاذ الاجراءات الصحيحة . واذا استؤنف هذا الحكم فان ولاية محكمة الدرجة الثانية تقتصر على اعادة النظر فى الدفع ولايجوز لها أن تقضى فى موضوع الدعوى ان هى الغت الحكم المستأنف، بل يتعين فى هذه الحالة أن تعاد القضية الى محكمة الدرجة الاولى لتفصل فى موضوعها لانها لم تستنفد ولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى .

أما الدفع بعدم القبول فهل من الجائز الادلاء به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، وهل الحكم الصادر بقبوله يترتب عليه حسم النزاع فى الموضوع أم يترتب عليه مجرد انهاء الخصومة ، وهل يترتب على استئناف الحكم الصادر بقبوله طرح الخصومة برمتها على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولاية هذه المحكمة تقتصر على مجرد الفصل فى موضوع الدفع ، وهل يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ؟ .

هذا ، ومن ناحية أخرى كل ما تقدم يثار اذا سلمنا بأن للدعوى كيان مستقل وليست هى بذات الحق المدعى به ، انما اذا قيل ان الدعوى هى ذات الحق متحركا الى القضاء أفلا يكون الدفع الموجه اليها موجه اليه فى واقع الامر ، وعلى ذلك يعد دفعا موضوعيا ، ويسرى عليه ما يسرى على الدفع الموضوعى من قواعد ؟ .

نعرف أولا الدعوى ونحدد العلاقة بينها وبين الحق الذى تحميه لنخلص الى تحديد طبيعة الدفع الموجه اليها وما اذا كان يعد دفعا موضوعيا

أم دفعا من نوع خاص ثم من ضوء هذا البيان نعرج على دراسة أحكام الدفع .

التعريف بالدعوى
وحصر حالات الدفع بعدم قبولها

١ ـ شاع الاضطراب فى دراسة نظرية الدعوى فى فقه المرافعات فى فرنسا وفى مصر ، لانها لم تحظ بالعناية اللازمة من المشرع الفرنسى وقت وضعه لقانون المرافعات ، اذ لم يستجب الى من نادى بوجوب تعريف الدعوى وتحديد شروط قبولها اعتقادا منه بأن هذه المسائل تغلب عليها الصفة الفقهية ، فجاء القانون الفرنسى ومن بعده القانون المصرى (القديم) خاليا من أية اشارة اليها ، تاركا للفقه والقضاء العناية بها وبتفصيلاتها . ولما كانت هذه النظرية تشغل مركزا وسطا بين القانون المدنى وقانون المرافعات فقد تحرز كل من شراح هذين القانونين فى الافاضة فيها اتكالا منه على الآخر . ونتيجة لهذا وذاك جاءت نظرية الدعوى يشوبها بعض اللبس والغموض .

٢ ـ والدعوى كما يراها الفقه القديم والحديث هى « سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو لحمايته «[١]» » . ويعرفها أحد الشراح بأنها « سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الوصول الى احترام القانون «[٢]» » ، وبهذا المعنى يعرفها دوجى اذ يقول انها « حماية لقاعدة

---

(١) ويعرفها Solus بانها السلطة القانونية المخولة الى شخص للالتجاء الى القضاء بقصد حماية حقه

Le pouvoir légal donné à une personne de s'adresser à la justice afin d'obtenir la sanction de son droit.

انظر cours de droit judiciaire privé pour la licence, 3ème année (1950-1951) ص ٤١

(٢) Un pouvoir légal, permettant aux agents publics ou aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de la loi.

انظر vincent ص ١٢ رقم ١٠ . وانظر ايضا تعريف chiovenda فى مقال Vizioz المقدمة الاشارة اليها .

مقررة فى القانون «١» .

وسواء أخذ بهذا التعريف أو ذاك فالدعوى تتميز بما يأتى :

أولا : أنها وسيلة قانونية une voie de droit يلجأ بمقتضاها صاحب الحق الى السلطة القضائية ، أى الى المحاكم ، لحماية حقه . وهى بهذا تتميز عن وسائل قانونية أخرى أباحها المشرع يلجأ بمقتضاها صاحب الحق الى سلطات أخرى . فمثلا تجيز المادة ١٩ من الامر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ (بشأن الترع والجسور العمومية والمساقى الخصوصية وما يتعلق بها) لمن لحقه ضرر من عبث بمسقى أو بمصرف أن يلجأ الى الجهات الادارية ، وخول هذه الجهات سلطة الفصل فى اعادة الحالة الى أصلها بالطرق الادارية ايثارا للسرعة التى تقتضيها الحال «٢» .

ثانيا : أنها هى السلطة التى خولها القانون للاشخاص للذود عن حقوقهم بعد أن حرمهم من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم ، وبتعبير آخر الدعوى هى الوسيلة الحديثة التى استعيض بها عن الانتقام الفردى . ففى العهد الفطرى للمجتمع كانت القوة تحمى الحق ، أما فى العصور الحديثة فالاصل أنه لايجوز لاى شخص حماية حقه بنفسه . وانما أباح المشرع للافراد ، فى ظروف استثنائية خاصة ، حماية حقوقهم بأنفسهم كما هو الحال بالنسبة لحق الحبس وحق الدفاع الشرعى . فالمادة ٢٤٦ من القانون المدنى تنص على أن لكل من التزم باداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . والمادة ١٦٦ تنص على أن من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر

---

(١) ديجى « شرح القانون الدستورى » الطبعة الثالثة جزء ١ ص ٢٦٦

(٢) انظر فى مدى اختصاص الادارة بهذه المنازعات كتابنا « المرافعات المدنية والتجارية » رقم ٢٥٢ ص ٢٦٩ .

الضرورى ، والا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

ثالثا : أن استعمال الدعوى أمر اختيارى أى انها رخصة faculté لصاحب الحق ، فله مطلق الحرية فى الالتجاء أو عدم الالتجاء الى القضاء للمطالبة بحقه . ولكن العلامة Ihgerin فى كتابه Le combat pour le droit يرى أنه يتعين على كل صاحب حق اذا ما اعتدى على حقه أن يباشر الدعاوى التى يملكها لانه يرى أن مباشرة الدعوى فى هذا الصدد ليس واجبا على صاحب الحق نحو نفسه فحسب وانما هى واجب عليه نحو المجتمع ، اذ لايحترم القانون فى المجتمع ولايسود فيه العدل والاطمئنان الا اذا باشر كل عضو فيه ماله من حقوق «[1]» .

ومما لاشك فيه أن هذه الفكرة مثالية ، ولكنها تقتضى أن تكون جميع الاحكام التى يصدرها القضاء صحيحة من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع ، وهذا لايتصور الا اذا خلت نفوس المتقاضين من الضغائن والاحقاد ، وبعيد أن يتحقق هذا .

٣ ــ العلاقة بين الدعوى والحق الذى تحميه :

رأينا أن الدعوى هى سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد تقرير حق أو حمايته ، أو ــ بعبارة أعم ــ بقصد الوصول الى احترام القانون .

أما الحق فهو فى نظر اهرنج وفى نظر من اتجه الى رأيه « مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون » .

وقد قيل وفقا للنظرية التقليدية ان الدعوى هى الحق نفسه فى حالة الدفاع أو فى حالة التحرك ، فهو يبقى هادئا اذا لم يتنازع فيه ، وانما ينشط اذا ما أنكر أو اعتدى عليه . فالحق يمثل حالة قانونية هادئة ، والدعوى تمثل الحالة القانونية نفسها وقت التحرك

(٢) Le droit est l'état statique, l'actions est l'état dynamique d'une même situation juridique

---

(١) سوليس المرجع السابق ص ٤٢ .

(٢) جارسونيه ١ رقم ٣٥١ص ٥٢٠ وجابيو رقم٥٩ وابو هيف ارقم٤٠١

ودليل هذا الاتجاه :

أولا : أن الحق والدعوى يولدان معا وتبقى الدعوى مابقى الآخر . فكل حق تحميه دعوى ولا يتصور له كيان بغيرها لان الحق الذى لايمكن حمايته بالالتجاء الى القضاء لايعد مكتمل الوجود .

ثانيا : موضوع الدعوى هو نفس موضوع الحق ، فصاحب الحق يلتجىء الى القضاء للمطالبة بنفس المنفعة التى يكتسبها فيما لو اعترف له بحقه .

ثالثا : تتصف الدعوى بنفس أوصاف الحق فهى مثله اما عينية أو شخصية أو مختلطة ، واما أن تكون عقارية أو منقولة ، واما أن تكون قابلة للانتقال الى الغير أو غير قابلة ، قابله للقسمة أو غير قابلة .

رابعا : لكل حق دعوى واحدة تحميه ، فان كان للشخص حق واحد كانت له دعوى واحدة ، وان أمكن لشخص أن يرفع دعاوى متعددة ناشئة عن واقعة قانونية واحدة فذلك لان هذا الشخص يملك حقوقا متعددة بقدر تلك الدعاوى ، فمالك العقار مثلا اذا ما اعتدى على حقه كان بالخيار بين أن يرفع دعوى الحيازة أو دعوى المطالبة بالحق أو دعوى بتعويض الضرر الذى أصابه بانتهاك حرمة ملكيته ، فدعوى الحيازة تحمى الحيازة بصفة مؤقتة الى أن الفصل فى أصل الحق موضوع الحيازة ، ودعوى الملكية تحمى حق الملكية ودعوى التعويض تستند الى حق المالك فى تعويض الضرر الذى لحقه «[٢]» .

٤ ـ وقيل فى النظرية الحديثة ان الدعوى ليست هى ذات الحق الذى

---

(١) جارسونيه ١ رقم ٣٥١ ص.٥٢ وجابيو رقم ٥٩وأبو هيف ١رقم٤٠١

(٢) ابو هيف ١ رقم ٤٠١ وقارن جارسونيه ١ رقم ٣٥١ ـ فقد قال جارسونيه انه قد يكون للمدعى حق واحد ومع ذلك يكون له فى اقتضائه دعاوى متعددة (رقم ٣٥٣) .

تحميه ، ففى العهود القديمة حيث كان الشخص يذود عن حقه بنفسه يصح أن يقال ان الحق وحمايته يختلطان معا أو هما شيء واحد ، وانما متى أصبح الالتجاء الى القضاء هو الوسيلة الوحيدة للذود عن الحق تكون الدعوى شيئا مستقلا عن الحق الذى تحميه • وبعبارة أخرى اذا كان للشخص حق الالتجاء الى القضاء للاعتراف له بحقه أو لحمايته فهذا الحق مستقل عن الحق المراد الاعتراف له به لانه يشمل سلطة الالتجاء الى القضاء لحماية الحق واسترداده بمعاونة السلطات العامة »[1] •

ويستند هذا الرأى أيضا الى ما يأتى :

أولا : تختلف الدعوى عن الحق من حيث سبب كل منهما ، فسبب الحق هو الواقعة المنشئة له سواء أكانت عقدا أو ارادة منفردة أو عملا غير مشروع أو اثراء بلا سبب أو القانون ، أما سبب الدعوى فهو النزاع بين الخصوم حول الحق •

ثانيا : قد يملك الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق ، كما هو الحال بالنسبة للولى أو الوصى الذى يباشر دعاوى القاصر •

ثالثا : قد يتصور فى بعض الحالات وجود أحدهما بغير الآخر ، فقد يوجد الحق دون أن تحميه دعوى كما هو الحال بالنسبة للحقوق الناقصة (التى يقابلها من جانب المدين الالتزامات الطبيعية) ، وقد توجد دعوى بغير حق يستند اليه صاحبها كما هو الحال فى دعاوى الحيازة •

رابعا : الحق الواحد قد تحميه عدة دعاوى ، فصاحب الحق يجوز له أن يرفع دعوى مطالبا بحقه ، وقد يرفع دعوى مطالبا بتعويض الضرر الذى يصيب الحق ، وقد يرفع دعوى مطالبا باتخاذ اجراءات تحفظية أو وقتية لحماية ذات الحق •

خامسا : تتميز الدعوى عن الحق فى أنها تضيف اليه عنصرا جديدا لم

---

(١) جلاسون ١ رقم ١٨٣ ص ٤٤٢ •

يكن يتضمنه من قبل . فالشخص الذى يصيبه ضرر من جراء فعل ضار (والذى يعد دائنا بالتعويض) يتعين عليه أن يلجأ الى السلطة القضائية لتحديد طبيعة التعويض الذى يستحقه وقدره . ويقرر القضاء الفرنسى أن حكم القضاء هو الذى ينشىء حق من وقع عليه ضرر فى التعويض ولاينشأ هذا الحق من يوم حدوث الفعل الضار «[1]» «[2]» .

وعلى ذلك ، ووفقا لهذا القضاء ، لاينشأ حق الدائن فى التعويض الا بعد مباشرة دعوى التعويض وصدور الحكم فيها .

٥ ــ هذه هى النظرية التقليدية والنظرية الحديثة ، الاولى ترى أن الدعوى هى ذات الحق الذى تحميه متحركا الى القضاء ، فهو يبقى هادئا اذا لم يتنازع فيه ، انما ينشط اذا ما أنكر أو اعتدى عليه . والثانية ترى أن الدعوى ليست بذات الحق الذى تحميه بل هى شىء مستقل عنه وقد يوجد أحدهما دون الآخر .

ونرى أن الدعوى ليست هى ذات الحق الذى تحميه وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، انما الدعوى جزء لايتجزأ من الحق «[3]» . فالحق لايكتمل وجوده الا اذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء الى المحاكم للذود عنه ، وبعبارة أخرى ، امكان الافادة من المنفعة التى يخولها القانون لصاحب الحق لايتحقق الا اذا كان فى مكنته الالتجاء الى المحاكم للاعتراف له به أو لحمايته ولاكراه مدينه على التسليم له به .

---

(١) موريل رقم ٢٥ ص ٢٧ وراجع الاحكام التى اشار اليها . وراجع على وجه الخصوص نقض (دائرة العرائض) ١١ ابريل ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ــ١ــ ٤٣٣ ، وتعليق ليون كان و٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (سيريه ١٩٢٧ــ١ــ١٧٧) وتعليق Balleydier ونقض ٢٠ يناير ١٩٣٢ (سيريه ١٩٣٢ــ١ــ ٢٠٥) وتعليق روسو ونقض ١٤ يونيه ١٩٢٦ (سيريه ١٩٢٧ ــ١ــ ٢٥) .

(٢) انظر تفصيلات هذه النظرية فى موريل رقم ٢٥ و Germain Brulliard ص ٢٤ وما بعدها وسوليس ص ٤٤ وما بعدها .

(٣) انظر نظرية المصلحة فى الدعوى للدكتور الشرقاوى رقم ٣١ وما بعده وكتابه فى المرافعات رقم ٢٤ ، والنظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته رقم ١٥ .

ويتفرع عن هـذا أنه لايتصور وجود دعوى دون أن تستنـد الى حق ، ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى ، وأن لكل حق دعوى واحدة تحميه فان تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية معينة فذلك لان هذه الواقعـة تنشىء من الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها .

٦ ــ وتفصيل ما تقدم هو الآتى :

أولا : ليس بصحيح القول ان الدعوى هى ذات الحق الذى تحميـه لان (١) سبب الحق يختلف عن سبب الدعوى ، فسبب الحق هو الواقعة القانونية المنشئة له سواء أكانت عقدا أو ارادة منفردة أو عملا غير مشروع أو اثراء بلا سبب أو القانون ، أما سبب الدعوى فهو النزاع حول الحق ، أو بعبارة أخرى هو واقعـة انكار الحق أو الاعتداء عليه . فقـد يوجد الحق دون أن يكون لصاحبه حق مباشرة الدعوى كما اذا لم يكن مستحق الاداء مثلا .

(٢) ولان الدعوى تتميز عن الحق فى أنها تضيف اليه عنصرا جديدا لم يكن يتضمنه من قبل ، فالشخص الذى يصيبه ضرر من جراء فعل ضار لاتتحدد له طبيعة التعويض وقدره الا بحكم القضـاء ، كما أن الدعوى تقوى الحق وتنشىء لصاحبـه بعض المزايا ، فالحكم وان كان يبقى للحق سببه ووصفه ويحفظ له كافة آثاره والتأمينات الملحقـة به الا أنه يضيف اليه مزايا أهمها : أنه ينشىء لصاحبه سندا رسميا يحل محل السند الذى كان آساسا لما ادعاه ، وتفترض صحـة كل ماورد به الا اذا طعن بتزويره ويكون قابلا للتنفيذ الجبرى على المحكوم عليه ، كما تكون المدة المسقطة للحق خمس عشرة سنة ولو كان من الحقوق التى تنقضى بمدة التقـادم القصيرة ، وذلك لانتفاء العلة التى بنى عليها انقضاء الحق بمدة التقـادم القصيرة »[١] .

كما أن الدعوى لاتعدو أن تكون وسيلة قانونية **Voie de droit**

---

(١) انظر فى تفصيل هذا الموضوع مؤلفنا فى المرافعات رقم ٤٧٤ ص ٥٤٤ .

كالحجز مثلا أو حق الحبس ولم يقل أحد أنهما يختلطان بالحق الذى يحميانه فلماذا يقال ان الدعوى هى ذات الحق ويخلط بينهما «[١]» .

أما ان موضوع الدعوى هو ذات موضوع الحق أو انها تتصف بذات أوصاف الحق فذلك طبيعى لانها ليست الا سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الحصول على ذات المزايا التى يخولها الحق نفسه .

ثانيا : ليس بصحيح القول ان الدعوى شىء مستقل عن الحق وقد يوجد أحدهما دون الآخر لان الادلة التى يستند اليها فى تأييد هذا الاتجاه محل نظر .

فالقول بانه قد يملك الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق كما هو الحال بالنسبة للولى أو الوصى الذى يباشر دعاوى القاصر مردود عليه بأن الولى أو الوصى انما يباشر دعاوى القاصر نيابة عنه .

والقول بانه قد يتصور وجود الحق دون أن تحميه دعوى كما هو الحال بالنسبة الى الحق الذى يتخلف للدائن بعد انقضاء الدين بالتقادم مردود عليه بأن الحق اذا ماسقط بمضى المدة انعدم ولايتخلف منه للدائن حق ناقص ، واذا كان القانون المدنى ينص فى المادة ٢٠١ على أنه لايجوز للمدين أن يسترد ما أداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا (وهو الالتزام الذى يتخلف من التقادم فى ذمة المدين ، م ١/٣٨٦ مدنى) فذلك لان الوفاء بدين مع العلم بأنه غير واجب قانونا ينتج أثره القانونى على اعتبار أن الوفاء هو توافق ارادتين فان لم يقع أحد الطرفين فى عيب من عيوب الرضا أنتج الاتفاق أثره ولايجوز الرجوع فيه ، فلا يجوز لمن قام بوفاء دين طبيعى أن يسترده «[٢]» ، وبناء عليه فالحق الذى يسقط بمضى المدة ينقضى ولا يكون له أى كيان .

والقول بأنه قد توجد دعوى بغير حق تستند اليه كما هو الحال فى

---

(١) موريل رقم ٢٥ ص ٢٦ .
(٢) شفيق شحاته المرجع المتقدمة الاشارة اليه .

دعاوى الحيازة مردود عليه بأنهذه الدعاوى شأنها شأن الدعاوىالمستعجلة تحمى صاحب الحق الظاهر بصفة مؤقتة الى أن يفصل فى أصل الحق موضوع الحيازة .

والقول بأن الحق الواحد قد تحميه عدة دعاوى مردود عليه بأنه اذا تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية معينة فذلك لان هذه الواقعة تنشىء أكثر من حق واحد فتتعدد الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها ، فمالك العقار مثلا اذا ما اعتدى على حقه كان بالخيار بين أن يرفع دعوى الحيازة او دعوى الملكية أو دعوى بتعويض الضرر الذى أصابه بانتهاك حرمة ملكيته ، لان دعوى الحيازة تحمى حق الحيازة بصفة مؤقتة الى أن يفصل فى أصل الحق موضوع الحيازة ، ودعوى الملكية تحمى حق الملكية ودعوى التعويض تستند الى حق المالك فى تعويض الضرر الذى لحقه .

٧ — من كل ماتقدم يتضح أن الدعوى ليست بذات الحق وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، انما هى جزء لايتجزأ منه ولا يتصور لها وجود ان لم تستند اليه ، كما لايوجد حق دون أن تحميه دعوى . وهما ، من ناحية أخرى يختلفان من حيث سبب كل منهما ، كما أن الدعوى تضيف اليه عنصرا أو مزايا لم يكن يتضمنها من قبل . ولهذا يكون من الاسلم تعريف الدعوى بأنها سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الوصول الى احترام القانون لان تعريفها الذى درج عليه الفقه وهو « سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو لحمايته » لايستقيم مع ماتقدمت الاشارة اليه اذ كيف تعرف بأنها سلطة أو وسيلة لحماية الحق ثم يقال انها عنصر من عناصره .

٨ — وعلى ذلك اذا سلمنا بأن الدعوى ليست بذات الحق المدعى به لايكون الدفع الموجه اليها دفعا موضوعيا انما هو دفع من نوع خاص يوجه الى الوسيلة التى قررها القانون لحماية الحق .

فالدفع بعدم القبول اذن له طبيعة خاصة تميزه عن الدفوع الموضوعية

والدفوع الشكلية لانه لايوجه الى ذات الحق المدعى به فلا يعد دفعها موضوعيا ، ولا يوجه الى اجراءات الخصومة فلا يعد دفعا شكليا ، وانما يوجه الى الوسيلة التى يحمى بها صاحب الحق حقه وما اذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط هذا الاستعمال غير متوافر . فالخصم بهذا الدفع ينكر وجود دعوى لدى خصمه لعدم توافر أحد الشروط التى يتطلبها القانون لقبولها سواء أكانت هذه الشروط من الشروط العامة التى يتعين أن تتوافر لسماع الدعوى أو من الشروط الخاصة بالدعوى المقدم بشأنها الدفع .

٩ ــ شروط قبول الدعوى : الشروط العامة التى يوجب الشراح توافرها لقبول الدعوى هى أن تستند الى حق والى مصلحة وأن يكون رافعها أهلا للتقاضى ذا صفة لموالاتها ، وألا يكون قد سبق صدور حكم فى موضوعها .

والواقع اننا اذا سلمنا بأنه يشترط لقبول الدعوى أن تستند الى حق مستحق الاداء نكون قد استغنينا عن شرط المصلحة بأوصافها التى اعتاد الشراح ترديدها ، فوجود الحق فى رفع الدعوى يعد مرادفا للمصلحة القانونية ، وكون الحق مستحقا الاداء هو المصلحة القائمة الحالة . أما شرط الاهلية ، أى توافر أهلية التقاضى فيمن يباشر الدعوى ، فهو شرط لصحة المطالبة القضائية ، أى لصحة انعقاد الخصومة ، وليس شرطا لقبول الدعوى كما يرى بعض الشراح فى فرنسا وذلك لان دعوى عديم الاهلية مقبولة ولا ينشأ عن فقد أهليته الا عدم صلاحيته لمباشرة اجراءات الخصومة بنفسه «[1]» .

---

(١) والنظرة المتقدمة تقتضى ان يعد الدفع ببطلان الخصومة لانعدام الاهلية من الدفوع الشكلية ، ويأخذ القضاء الفرنسى بهذا الاتجاه ، كما يأخذ به بعض الشراح فى فرنسا ، فقد قيل ان التمسك بفقد اهلية المدعى من الدفوع التى يقصد بهامجرد وقفاجراءاتالخصومة **exception dilatoire** حتى يتم تعيين من يمثله تمثيلا قانونيا صحيحا .

وقيل ان الخلاف المتقدم لا اهمية له من الناحية العملية لان هذا الدفع =

وعلى ذلك تكون شروط قبول الدعوى هي أن تستند الى حق مستحق الاداء وأن ترفع من ذي صفة وألا يكون قد سبق صدور حكم في موضوعها . وقد يحدد المشرع ميعادا معينا أو مناسبة معينة لرفع بعض الدعاوى فلا تقبل اذا رفعت قبل أو بعد هذا الميعاد أو تلك المناسبة .

حصر حالات الدفع

١٠ ـ لما كان الدفع بانتفاء المصلحة القانونية أو المصلحة الحالة انما هو فى واقع الامر دفع موضوعى كما رأينا «١» ، فيكون الدفع بعدم القبول

= يجوز ان يبدى فى اية حالة تكون عليها الدعوى على اعتبار ان الخصومة حالة قانونية مستمرة والبطلان المترتب على عدم الاهلية بطلان مستمر ومتجدد يلحق كل اجراء من اجراءاتها . فهذا الدفع اذن لايسقط بحضور صاحب الحق فيه الى الجلسة المحددة لنظر القضية ، كما لايسقط بتكلمه فى الموضوع . ولعل هذه الصفة الاخيرة هى التى حدت بالشراح فى فرنسا الى عدم الاشارة اليه عند الكلام فى الدفوع الشكلية . وهو على اى حال لايدخل فى عدادها لانها وردت فى القانون على سبيل الحصر .

ويجرى القضاء فى فرنسا على اعتبار الاجراءات صحيحة اذا استكمل فاقد الاهلية أهليته اثناء نظر الدعوى او اذا تدخل فيها من يمثله تمثيلا صحيحا ، وهو يجيز تصحيح الاجراءات ولو تم هذا التصحيح فى الاستئناف او امام محكمة النقض ، ولايستلزم رفع دعوى مبتداة فى هذا الصدد . (انظر فى هذا الموضوع Germain Brulliard « المرافعات المدنية سنة ١٩٤٤ رقم ١٦ وموريل رقم ٣٢٠ ونقض فرنسى ٤ نوفمبر ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣ ـ١ـ٢٧٣ و٢٢ يوليه ١٩٣١ جازيت باليه ٣٠ اكتوبر و٨ نوفمبر ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ ـ ٥٢٢ ») .

ومما هو جدير بالاشارة ان المادة ٤٠ من قانون المرافعات اللبنانى تنص على انه اذا اقيمت الدعوى على احد فاقدى الاهلية ولم يكن له ممثل قانونى فيحق للمدعى أن يلتمس من رئيس المحكمة تعيين ممثل خاص ليقوم مقام الممثل القانونى ريثما يتم تعيينه .

(١) ويأخذ بهذا الاتجاه الفقه والقضاء فى فرنسا سواء قبل صدور مرسوم سنة ١٩٣٥ أم بعده ، كما يأخذ به الفقه والقضاء فى مصر .

انظر « نظرية المصلحة فى الدعوى » ص ٤١٢ ومابعدها والاحكام العديدة المشار اليها .

وانظر استئناف مختلف ٦ مايو ١٩٢٦ (مجلة التشريع والقضاء ٣٨ ص ٣٩٣) واستئناف مختلط ٢٥ يونيه ١٩٢٩ (مجلة التشريع والقضاء ٤١ ص ٤٦٦) ، واستئناف مختلط ٢١ فبراير ١٩٣٠ (الجازيت ٢١ العدد =

منحصرا فقط فى الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفـة خصمه أو ينكر وجود دعوى لديه لسبق صدور حكم فى موضوعها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك كرفعها قبل أو بعد هـذا الميعاد أو تلك المناسبة .

وجدير بالاشـارة أنه كلما تناولت المدة حقـا من الحقوق وأدت الى انقضائه ، اعتبر الدفع الموجه من الخصم بزوال الدعوى التى تكفل حماية الحق من الدفوع بعدم القبول ، وذلك على تقدير أن الحق بانقضاء الميعاد المحدد لاستعماله تزول عنه حماية القانون . وهذه قاعدة عامة يعمل بهـا بالنسبة لسائر فروع القانون ، أيا كان قدر المدة التى تناولت الحق وأدت الى زواله .

ومن أمثلة هذا الدفع : الدفع بعدم قبول دعوى الحيـازة ممن بادر برفع دعوى المطالبة بالحق ، وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوعة من المدعى عليه فى دعوى الحيازة قبل التخلى عن الحيـازة لخصمه ، والدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعـد سنة من حصوله ، وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين (م ٧٨٨ مدنى) ، وعدم قبول دعوى التنصل من عمل متعلق بخصومة قائمة اذا رفعت بعـد مضى

= ٢٤٥-٢٤٣ ص٢٠٧) ، وتعليق المرحوم محمد حامد فهمى على الحكم الاخير فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى ص ٨٧١ وما بعدها .

واستئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ (المحاماة ٣١ ص ١٣٦٣)

واستئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٨ (المحاماة ٩ ص ٨٨٧) .

وانظر موريل رقم ٥٢ والاحكام المشار اليها .

ويلاحظ أن من بين القضاء المتقـدم مايعتبر الدفع بانتفاء الصفة دفعـا موضوعيا (انظر احكام محكمة الاستئناف المختلطة المتقدمة وتعليق المرحوم محمد حامد فهمى) ، ولـكننا نراه دفعا بعـدم القبول لانه لايمس موضـوع الدعوى لا عن قرب ولا عن بعـد . واذا كانت المحكمة وهى بسبيل اصـدار حكمها فى الدفع تتعرض لفحص الموضوع فى بعض الحالات فان هـذا لاينفى اعتباره دفعا بعـدم القبول ، ولا ادل على ذلك من ان الحكم فى الدفع بعـدم الاختصاص يقتضى فى كثير من الحالات فحص موضوع الدعوى ومع ذلك لم يقل أحد باعتباره من الدفوع الموضوعية .

ستة أشهر من تاريخ ذلك العمل (م ٨١٣) ، والدفع بعـدم قبول الطلب الجديد أما مالمحكمة الاستئنافية وعدم قبول طلبات المتدخل لانتفاء صلة الارتباط بينها وبين الدعوى الاصلية أو عدم قبول تدخله لحصوله بعـد اقفال باب المرافعة ، وعدم قبول الاستئناف المقابل لرفعه بعـد قفل باب المرافعة فى الاستئناف الاصلى ، وعدم قبول الطعن فى الحكم ممن سبق له الرضاء به أو لرفعـه قبل الميعاد أو بعده ، وعـدم قبول الدعوى لسقوط الحق الموضوعى بالتقادم »[1] .

---

(١) بالنسبة للدفع بانقضاء الحق بالتقادم قضت محكمة النقض الفرنسية بانه دفع موضوعى (الدائرة المدنية ٢٣ فبراير ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٤–١–١١٧) وانظر ايضا ربرتوار دالوز الجديد ص ٤٣٠ رقم ١٥٥ ومقـال Vasseur (فى مجلة القانون المدنى ، العدد الاخير سنة ١٩٥٠ رقم ١٥ وما بعـده) فى **Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure**

ولعل هذا القضاء كان المقصـود به تفادى اعمال المادة ١٩٢ مرافعـات فرنسى (التى ستأتى الاشارة اليها) . ومن الشراح من يرى انه يعد دفعا بعدم القبول (مقال Beguet المتقدمة الاشارة اليها) ومؤلف الدكتور البدراوى فى « اثر مضى المدة فى الالتزام رقم ٢٧١ ومابعده » على اعتبار ان الحق لا ينقضي بالتقادم وانما تزول عنه حماية القانون فيكون الدفع بالتقادم موجها الى الوسيلة التى يحمى بها صاحب الحق حقه ويعد لذلك دفعا بعدم القبول . والواقع ان هذا الخلاف ليست له اهمية عملية فى مصر فكل من الدفع بالتقادم والدفع بعـدم القبول يجوز ابداؤه فى اية حالة تـكون عليهـا الدعوى ولو لاول مرة أمام المحـكمة الاستئنافية (م ٢/٣٨٧ مدنى و ١٤٢ مرافعات) .

أحكام الدفع بعدم القبول

١١ ــ لم يرد فى قانون المرافعات القديم نصوص خاصة بالدفع بعدم القبول ، وتساءل الشراح فيما اذا كان يلحق بالدفوع الشكلية ــ ولو من بعض الوجوه ــ أم تسرى عليه أحكام الدفوع الموضوعية .

وفى فرنسا ، كان القانون القديم يلحق الدفوع بعدم القبول بالدفوع الموضوعية ويجيز ابداءها فى أية حالة تكون عليها الدعوى «[١]» ، وجاء مشروع قانون المرافعات ينص على وجوب ابداء هذه الدفوع قبل التكلم فى الموضوع (م ١٨٥ من المشروع) «[٢]» ، ثم رؤى حذف هذه المادة من المشروع على تقدير أن اصطلاح « الدفع بعدم القبول » اصطلاح غامض يصعب تحديد حقيقة المراد منه .

وعلى الرغم من حذف هذا النص فقد كان كثير من الشراح الفرنسيين يسلمون بوجود هذا الدفع ، انما كانوا يلحقونه من بعض الوجوه بالدفوع الموضوعية وخاصة من ناحية الوقت الذى يجوز فيه ابداء الدفع «[٣]» . و فى٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ صدر مرسوم بقانون يوجب بنص المادة ١٩٢ من قانون المرافعات ابداء الدفوع بعدم القبول قبل التكلم فى الموضوع . والمقصود من هذا النص عدم السماح للمدعى عليه بالتراخى فى ابداء الدفوع التى لاتمس أصل الحق بعد التكلم فى الموضوع منعا من تأخير الفصل فى الدعوى . ورأى الشراح الفرنسيون أن هذه القاعدة تجافى المبادىء السليمة لانها تؤدى الى حرمان المدعى عليه من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عنقرب . وحاولوا ، مع المحاكم ، بمختلف الوسائل تجريد النص المتقدم من كل أثر .

---

(١) بونيه رقم ٣٩ وموريل رقم ٤٧ .

(٢) Vanlaer المرجع السابق ــ الجزء الاول ص ٢٧٧ .

(٣) جلاسون ١ رقم ٢٢٧ .

أما قانون المرافعات الجديد ، فلم ير الا أن ينص على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها ولو فى الاستئناف (م ١٤٢) . أما غير ذلك من المسائل التى يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع فلم يتعرض لها المشرع ، وقد حرص على التنبيه الى الفرق بين هذه الدفوع وبين سائر الدفوع الشكلية فخصها بالذكر فى عنوان الفصل ولم يذكرها فى عداد الدفوع التى صدر هذا الفصل بحصرها .

والمسائل التى يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع هى الآتية : (١) هل التكلم فى الموضوع يفيد النزول عن الحق فى ابدائها . (٢) هل على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى . (٣) هل الحكم الصادر بقبول الدفع يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى أم أثر الحكم يقتصر على الغاء اجراءات الخصومة التى صدر فيها . (٤) هل يترتب على استئناف الحكم بقبول الدفع طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولايتها تقتصر على مجرد الفصل فى الدفع بعدم القبول .

١٢ — هل التعرض للموضوع يفيد النزول عن ابدائها ؟ .

قدمنا أن قانون المرافعات القديم لم يرد به نص خاص فى هذا الصدد ، وكان الرأى الراجح يميل الى الحاق هذه الدفوع بالدفوع الموضوعية لان الدفوع الشكلية قد وردت فى القانون على سبيل الحصر ، ولان القاعدة الواردة بصددها قاعدة استثنائية ، وعلى ذلك كان من الجائز ابداء هذه الدفوع ولو بعد التعرض للموضوع .

وكان الفقه والقضاء فى فرنسا قبل مرسوم سنة ١٩٣٥ يأخذان أيضا بهذا الاتجاه . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة هو من وسائل الدفاع فى الموضوع يجوز أن يبدى لاول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولايصح أن يخلط بالدفوع

الشكلية ، فيوجب ابداؤه قبل التكلم فى الموضوع «[1]» .

وقضت أيضا المحاكم الاهلية والمختلطة بهذا المعنى وأجازت التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى فى أية حالة تكون عليها «[2]» .

وعند تعديل بعض نصوص القانون الفرنسى سنة ١٩٣١ أثير جدل حول اعتبار الدفع بعدم القبول دفعا موضوعيا أو دفعا شكليا ، وصدر المرسوم بقانون فى٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ معدلا المادة ١٩٢ من قانون المرافعات الفرنسى ، وهى تنص على أن كافة الدفوع بعدم القبول يتعين للتمسك بها ابداؤها قبل التكلم فى موضوع الدعوى . وبهذا الحق المشرع الفرنسى الدفع بعدم القبول بالدفوع الشكلية وأوجب ابداءها جميعا قبل التكلم فى الموضوع . والمقصود من هذه القاعدة عدم السماح للمدعى عليه بالتراخى فى ابداء الدفوع التى لاتمس أصل الحق بعد التكلم فى الموضوع منعا من تأخير الفصل فى الدعوى .

ولما كانت هذه القاعدة تجافى المبادىء السليمة لانها تؤدى الى حرمان المدعى عليه من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن قرب ، فقد حاول الشراح والمحاكم بمختلف الوسائل تجريد النص المتقدم من كل أثر ، فقيل انه لايتعلق الا بالدفوع التى أشارت اليها النصوص المتقدمة عليه (وليس من بينها الدفوع بعدم القبول) ، وقيل ان المشرع قد أخطأ فى استعماله للاصطلاحات ، فميزوا بين نوعين من الدفوع بعدم القبول :

---

(١) نقض فرنسى ٢٧ يوليه ١٨٦٩ (سيريه ١٩٧٠-١-٥٦) و١٧ ابريل سنة ١٨٦٦ (سيريه ١٨٦٦ -١- ٢٨٤) و ٢٧ ابريل ١٨٧٥ (سيريه ٧٥ -١-٢٦٣) . وحكم محكمة استئناف شامبيرى فى ٢٨ مارس١٨٧٤ (سيريه ٧٥-٢-٣٩) .

(٢) استئناف مصر ٥ يناير ١٨٩٩ - المجموعة الرسمية ١ ص ٤ .
واستئناف مصر ٧ مارس ١٩٢٨ - المحاماة ٩ ص ٨٨٧ .
واستئناف مختلط ٦ فبراير ١٩١٩ (مجلة التشريع والقضاء ٣١ص ١٥٦)

دفوع تتصل بالموضوع كالدفع بانتفاء المصلحة والدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ودفوع مبناها السقوط لانقضاء المدة أو الميعاد ، واعتبر النوع الاول من الدفوع الموضوعية البحتة فيجوز ابداؤها فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو بعد التكلم فى الموضوع ، واعتبر النوع الثانى من الدفوع التى تخضع لحكم المادة ١٩٢ والتى تعنيها ولا يجوز التراخى فى الادلاء بها بل يتعين ابداؤها قبل التكلم فى الموضوع «[١]» .

١٣ — أما فى مصر ، عند وضع قانون المرافعات الجديد ، فلم يكن ثمة بد من وضع نص يتضمن حكم الدفع بعدم القبول بعد أن طال بحثه فى الفقه والقضاء وبعد أن عنى بالنص على حكمه فى التشريع الفرنسى ، فنص المشرع فى المادة ١٤٢ على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها ولو فى الاستئناف «[٢]» .

ومن هذا النص يتضح أن المشرع المصرى رأى أن الدفع بعدم القبول ليس قريبا من الدفوع الشكلية بل هو — من هذه الناحية — فى حكم الدفوع الموضوعية ، وأجاز ابداءه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو فى الاستئناف حتى لايحرم الخصم — وهو غالبا المدعى عليه — من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن قرب . ولم ير الاخذ باتجاه الرأى الآخر

---

(١) انظر موريل رقم ٥٢ وسوليس ص ٢٦٥و٢٦٦ ومقال هبردد فى Rev. crit. 1939 رقم ٢٤ و Vanlaer المرجع المتقدم ص ٢٧٨ وملحق جلاسون ٥ رقم ٢٢٧ ومقال Béguet المتقدمة الاشارة اليها .

وانظر ايضا نقض فرنسى (الدائرة المدنية) ١٤ يونيه سنة ١٩٥٠ (جازيت باليه ٧ — ١٠ اكتوبر سنة ١٩٥٠ وحكم محكمة Grenoble فى ٢٣ فبراير ١٩٤٩ (دالوز ٤٩ — ٢١٧) ونقض (الدائرة المدنية) ١٧ ديسمبر ١٩٤١ (دالوز ١٩٤٢ — ١١٣) وتعليق Carbonnier ، ونقض ٢٣ فبراير ١٩٤٤ (سيريه ١٩٤٤ — ١ — ١٧) وتعليق موريل .

(٢) هذه المادة تتمشى مع المادة ٣٨٧/٢ من القانون المدنى التى تنص على جواز التمسك بالتقادم فى اية حالة كانت عليها الدعوى ولو امام المحكمة الاستئنافية

انما الغريب أن المشرع المصرى وقد أورد نص المادة ١٤٢ ، أتى بقاعدة تتناقض معها فى الباب المتعلق باجراءات الجلسات ونظامها ، فهو يجعل من الذى يجعل لسرعة الفصل فى الدعوى ومنع تأخير البت فيها الاعتبار الاول .

بين اختصاصات قاضى التحضير الحكم فى الدفع بعدم قبول الدعوى أو بانقضاء الحق فى اقامتها بمضى المدة (م ١١١/٩) ، وهو يوجب على الخصوم ابداء هذه الدفوع أمام قاضى التحضير والا سقط الحق فى الادلاء بها ، فالمادة ١١٧ تنص على أن المحكمة لاتقبل بعد احالة الدعوى عليها أى دفع أو طلب أو ورقة مما كان يلزم تقديمه لقاضى التحضير الا اذا ثبت لها أن أسباب ذلك الدفع أو الطلب أو تقديم تلك الورقة طرأت بعد الاحالة أو كان الطالب يجهلها عند الاحالة .

وتضيف الفقرة الثانية من ذات المادة أنه اذا رأت المحكمة تحقيقا للعدالة قبول دفع أو طلب أو ورقة جديدة جاز لها مع ذلك الحكم على الخصم الذى وقع منه الاهمال بغرامة لاتقل عن مائتى قرش ولا تتجاوز الف قرش .

وفى رأينا أن المشرع عند وضع قانون المرافعات الجديد لم يدر بخلده أن يبقى على نظام قاضى التحضير ، فنصوص قانون المرافعات وضعت على اعتبار الغاء هذا النظام ثم رؤى بعد ذلك الابقاء عليه فوجدت نصوصه متعارضة فى بعض مبادئها مع صلب القانون .

ومما لاشك فيه أن القضاء سيجيز ابداء هذه الدفوع فى أية حالة تكون عليها الدعوى عملا بالفقرة الثانية من المادة ١١٧ ، وسيجد نفسه حيال استحالة أدبية فى اجمال القاعدة الاخيرة الواردة فى المادة ١١٧ التى تجيز توقيع غرامة على الخصم الذى يهمل فى مراعاة ميعاد الادلاء بالدفع .

١٤ ــ خلصنا من كل ماتقدم الى أنه فى فرنسا يوجب القـانون ابداء هذه الدفوع قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فى الادلاء بهـا ، ومع ذلك يفرق القضاء بين الدفوع بعـدم القبول التى تتصل بالموضوع والدفوع التى مبناها السقوط لانقضاء الميعاد ، ويعتبر الاولى من الدفوع الموضوعية البحتة ويجيز الادلاء بها فى أية حالة تكون عليهـا الدعوى . وخلصنا أيضا الى أنه فى مصر يجيز القانون ابداء هذه الدفوع فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو فى الاستئناف . فالمشرع الفرنسى قصد منع تأخير الفصل فى الدعوى والمشرع المصرى راعى مصلحة المدعى عليه حتى لايحرمه من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن قرب .

والواقع أننا اذا سلمنا ، كما قلنا ، بأن الدفع بعدم القبول ينحصر فى الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر سلطته فى استعمال الدعوى لسبق الفصل فى موضوعها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لرفعها ــ دون الاحوال التى ينكر فيهـا الخصم سلطة خصمه لانتفاء المصلحة ــ يكون الدفع بعدم القبول بعيدا عن أن يمس موضوع الدعوى ، فتكون القاعدة الواردة فى القانون الفرنسى ــ التى توجب ابداء هذا الدفع قبل التكلم فى الموضوع ــ ظاهر السـداد حتى لايتأخر الفصل فى الدعوى . وهذه تكاد تكون النتيجة التى توصل اليها الفقه والقضاء فى فرنسا .

ويلاحظ أخيرا أنه يتعين ابداء الدفوع الشكلية التى لاتتعلق بالنظـام العام قبل ابداء الدفع بعـدم القبول والا سقط الحق فى التمسك بهـا . ويؤخذ بهذا الاتجاه ، سواء أكان التشريع يوجب ابداء الدفع بعدم القبول قبل التـكلم فى الموضوع أو يجيزه فى أية حال تـكون عليهـا الدعوى ، فالقانون الفرنسى يوجب على الخصم أن يبدى أولا الدفع بوجوب تقديم

كفالة والدفع بعدم الاختصاص المحلى قبل الدفع بعدم القبول والا سقط الحق فى التمسك بالدفوع الشكلية ، ويوجب أيضا ابداء جميع الدفوع بالبطلان والدفوع بعدم القبول معا والا سقط الحق فيما لم يبد منها (م ١٩٢ من القانون الفرنسى) • والقانون المصرى يوجب أيضا ابداء الدفوع الشكلية التى لاتتعلق بالنظام العام قبل الدفع بعدم القبول والا سقط الحق فى التمسك بها لان المادة ١٤١ منه تنص على الزام الخصم بابداء الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور قبل الدفع بعدم قبول الدعوى ، والمادة ١٣٣ تنص على الزامه بابداء الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع باحالة الدعوى الى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها معا وقبل ابداء الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور •

١٥ ـ ثانيا : هل على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ؟•

يسلم الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا بأنه لايمكن تقرير حكم عام يسرى على سائر الدفوع بعدم القبول ، فثمة حالات يتعين فيها على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ولو رفعت الدعوى بناء على اتفاق طرفيها ، وثمة حالات أخرى يتعين فيها التمسك بالدفع حتى تقضى المحكمة بعدم قبول الدعوى ، ويتعين البحث فى موضوع كل دفع على حدة لمعرفة طبيعة البواعث التى دعت الى تقريره ، والتساؤل فى كل حالة عما اذا كان الدفع مقررا لصالح المدعى عليه أو مقررا فضلا عن ذلك لصالح المجتمع ذاته •

ومن أمثلة الدفوع المتصلة بالنظام العام الدفع بعدم قبول الطلبات الجديدة فى الاستئناف (م ٤١١) والدفع بعدم قبول الطعن فى الحكم

لرفعه قبل الميعاد أو بعـــده كعدم قبول الاستئناف المرفوع قبل الفصل فى الموضوع عن حكم فرعى لايقبل الطعن المباشر .

ويلاحظ أن قانون المرافعات يوجب على المحكمة بنص المادة ٣٨١ أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن فى الحكم اذا رفع بعـــد الميعاد ، ولا يستشف من ذات النص أن القانون يلزم المحكمة بالحكم بعدم قبول الاســـتئناف اذا رفع قبل الميعاد اذ المـــادة تقول « يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن فى الاحكام ســـقوط الحق فى الطعن . وتقضى المحـــكمة بالسقوط من تلقاء نفسها » ، فعدم مراعاة الميعاد الذى يترتب عليه سقوط الحق يشمل فقط عملا بالنص المتقدم أحوال رفع الطعن بعـــد الميعاد دون أحوال رفع الطعن قبل الميعـــاد لان رفع الطعن قبل الميعاد لايترتب عليـــه سقوط الحق فيه . ومع ذلك فنحن نرى أن على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن لرفعه قبل الميعاد لان رفع الطعن فى ميعاده هو من الامور التى يوجبها النظام العام . وهذه القاعدة مسلم بها فى الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر فى ظل القـــانون القديم الذى لم يتضمن الحكم الوارد بنص المادة ٣٨١ «[١]» .

والدفع بانكار صفة الخصم هو من الدفوع التى تتصل بالنظام العام وذلك على اعتبار أن المحكمة يتعين عليها قبل تناول موضوع الدعوى أن تتحقق من صفات الخصوم وتتحقق من وكالة من ينوب عنهم فعليها ومن تلقاء نفسها أن تطالبهم بتقديم ما يثبت وكالتهم عن صاحب المصلحـــة فى الدعوى «[٢]» ، حتى لاتشغل بقضايا غير جدية لايفيد منها أحد أو بقضايا

---

(١) جلاســـون ٣ رقم ٨٧٧ والعشماوى رقم ٨٧٣ ومحمد حامد فهمى رقم ٧٠٢ .

واستئناف مختلط ٢٧ يونيه ١٩٤٥ (مجلة التشريع والقضاء ٥٧ ص ١٩١) واستئناف مختلط ١٣ يونيه ١٩٤٤ (مجلة التشريع والقضاء ٥٦ ص ١٨٦) .

(٢) موريل رقم ٢٧ ونقض فرنسى (الدائرة المدنية) ٧ يناير ١٨٩٥ (دالوز ١٨٩٥-١-٣٨) ونقض فرنسى ٢٤ نوفمبر ١٨٨٠ (سيريه ٨١-١-٦٥) ونقض بلجيكى ١١ نوفمبر سنة ١٨٦٩ (دالوز ١٨٧٠-٢-١) وجلاسون ١ رقم ١٣٧ وموريل ٣٢٦ ونقض فرنسى ١٧ ديسمبر ١٩٢٩ جازيت باليه ٧ فبراير سنة ١٩٣٠ ونقض فرنسى ١٥ يوليه ١٩٢٤ (دالوز ١٩٢٤-١-٢٠١) .

رفعت لمجرد المشاكسة .

ويلاحظ أنه اذا لم يثبت من حضر عن المدعى الوكالة على الوجه المطلوب قانونا فالمحكمة لاتحكم بعدم قبول الدعوى وانما ترخص للوكيل بايداع توكيله فى ميعاد تحدده ، ويجب أن يتم هذا الايداع فى جلسة المرافعة على الاكثر (م ٨٢) ، فان لم يودع الوكيل توكيله كان على المحكمة أن تنظر القضية على اعتبار أن المدعى متخلفا عن الحضور . ولا يجوز لها أن تفصل فيها معتمدة على ما يدلى به مدعى الوكالة ، والا كان حكمها باطلا لبطلان الاجراءات المتقدمة عليه والتى بنى عليها . كما أن للمدعى أن يتنصل مما قام به من تصرف باسمه فتبطل اجراءات الخصومة وتسقط ويسقط الحكم الصادر فيها .

ويتجه رأى الى أن هذا الدفع لايتعلق بالنظام العام على اعتبار أن النظام العام لايعنيه ـ مادام من الثابت وجود حق وحدوث اعتداء على هذا الحق ـ أن يدافع عنه صاحبه أو سواه كما أنه قد يحدث أن تكون هناك وكالة بين المدعى وصاحب الحق الحقيقى أو أن يقوم المدعى بالدعوى على سبيل الفضالة «[1]» .

ومع ذلك فنحن نرى أن الدفع بانتفاء الصفة يتعلق بالنظام العام لان الحكم الصادر فى موضوع الدعوى قد يصدر على الخصم الذى لم يمثل تمثيلا قانونيا صحيحا ، فيتمسك بعدم جواز الاحتجاج به فى مواجهته على اعتبار أنه لم يكن طرفا فى الخصومة التى صدر فيها ، هذا اذا لم ترفع الخصومة باسمه ، أو يتنصل مما قام به من تولى السير فى الخصومة فتبطل ويبطل الحكم الصادر فيها ، هذا اذا رفعت الدعوى باسمه . وعلى ذلك ولتفادى السير فى اجراءات مهددة بالزوال والبطلان يكون من المصلحة العامة أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى التى يرفعها من ليست له صفة فى مباشرتها حتى لاتشغل بقضايا مهددة بالزوال أو

---

(١) الشرقاوى (نظرية المصلحة فى الدعوى) رقم ٣٨٨ ، ٣٨٩ والاحكام التى اشار اليها .

لايفيد منها أحد . وهذا الاتجاه فى التفكير يتمشى تماما مع ما يذهب اليه الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر من الزام المحكمة من تلقاء نفسها بتكليف من يحضر عن الخصوم باثبات وكالتهم عنهم ، وذلك خشية السير فى اجراءات مهددة بالبطلان .

ومن أمثلة الدفوع بعدم القبول التى لاتتعلق بالنظام العام الدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعد سنة من حصوله والدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد اقامة دعوى المطالبة بالحق ، وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوعة من المدعى عليه فى دعوى الحيازة قبل التخلى عن الحيازة لخصمه وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين (م ٧٨٨ من القانون المدنى) .

ومن أمثلة هذه الدفوع أيضا الدفع بحجية الشىء المحكوم به فالمادة ٢/٤٠٥ من القانون المدنى تنص على أنه لايجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها . ومن ثم يجوز لطرفى الخصومة بعد صدور حكم فى موضوعها الاتفاق على اعادة طرح النزاع من جديد على القضاء مع تنازل المحكوم له عن التمسك بحجية الحكم .

والغريب أن المادة ٤٢٦ من قانون المرافعات «١» تجيز للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى ــ أيا كانت المحكمة التى أصدرته ــ فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشىء المحكوم به سواء دفع بهذا الدفع أم لم يدفع . وهذا النص لايتسق مع منع محكمة الموضوع من الاعتداد من تلقاء نفسها بقوة الشىء المحكوم فيه ولو كان من أثر ذلك تعريض قضائها للنقض ، ويناقض قضاء محكمة النقض الذى يقرر عدم قبول التمسك بحجية الحكم

---

(١) وتنص المادة ٣٩٧ أيضا على انه يجوز استئناف جميع الاحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى اذا كان الحكم صادرا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الشىء المحكوم به . ويطرح الحكم السابق على المحكمة الاستئنافية اذا لم يكن قد صار انتهائيا عند رفع الاستئناف .

السابق لاول مرة أمام محكمة النقض فى حالة مايكون المتمسك هو المطعون عليه «[١]» .

وتنص المادة ١/٣٨٧ من القانون المدنى على أنه لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين .

أما عن الدفع بانتفاء المصلحة القانونية أو المصلحة الحالة فقد قدمنا أنهما من الدفوع الموضوعية البحتة التى تتصل بأصل الحق . ولمعرفة مدى تعلقها بالنظام العام يتعين الرجوع الى القواعد الاساسية التى تتصل بنظام المجتمع الاعلى ، فمثلا الاتفاق الذى يحتم على شخصين ايجاد علاقة جنسية غير مشروعة هو اتفاق باطل ، وبالتالى استناد أحد هذين الشخصين على مثل هذا الاتفاق فى اقامة دعوى يوجب على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها برفضها على اعتبار أن العقد مخالف لحسن الآداب «[٢]» .

وحرى بالذكر أن الدفوع التى تتصل بالنظام العام لايجوز الاتفاق مقدما على عدم الادلاء بها لان المحكمة عليها من تلقاء نفسها أن تراعى المسائل المتصلة بالنظام العام ، وهى تعد مطروحة أمامها بغير حاجة الى الادلاء بها من جانب أحد الخصوم .

أما الدفوع التى لاتتعلق بالنظام العام فمن الجائز الاتفاق مقدما على عدم الادلاء بها اذا كان ذلك متصورا عملا .

١٦ ــ ثالثا : هل الحكم الصادر بقبول الدفع يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى أم أن أثر الحكم يقتصر على الغاء اجراءات الحضور التى صدر فيها ؟ .

نعلم أن الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعى يترتب عليه عدم جواز

---

(١) نقض ٢٩ فبراير ١٩٤٧ ــ مجموعة القواعد القانونية ٥ رقم ١٥٨ والتعليق عليه .

(٢) راجع ايضا استئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ ــ المحاماة ٣١ ص١٣٦٣

تجديد الدعوى اذ يحوز حجيـة الشيء المحكوم به ، اما الحكم الصـادر بقبول الدفع الشكلي فهو عائق مؤقت للدعوى ويقتصر أثره على الغـاء اجراءات الخصومة التى صـدر فيها ويجوز لصـاحب المصلحة تجـديد الدعوى اذا لم يكن قد سقط حقه بسبب من أسباب السقوط .

والواضح أنه لايمكن وضع حكم عام يتعلق بأثر الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول ، فأحيانا يترتب على الحكم بقبوله عدم جواز تجـديد الدعوى كما هو الحال بالنسبة للدفع بسقوط الحق فى رفع دعوى الحيازة بالنسبة لمن بادر برفع دعوى المطالبة بالحق أو سقوط الاستئناف لرفعـه بعد الميعاد ، وأحيانا أخرى يقتصر أثر الحكم بعدم قبول الدفع على الغاء اجراءات الخصـومة ويكون من الممكن تجـديد الدعوى كما لو رفعت الدعوى قبل أوانها أو مناسبتها ، فاذا حكم بعدم قبول دعوى المطالبـة بالحق من المدعى عليه فى دعوى الحيازة جاز له تجديدها بعد التخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه ، واذا حكم بعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل اذا لم يكن قد رجع على المدين (م ٧٨٨ مدنى) جاز له تجديد دعواه عـلى الكفيل اذا ما رجع على المدين ، واذا حكم بعدم قبول الطعن بالنقض فى حكم فرعى لرفعه فور صدور الحكم جاز تجديد الطعن بعد صدور الحكم فى الموضوع .

١٧ ـــ رابعا : هل يترتب على اسـتئناف الحكم بقبـول الدفع طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولايتها تقتصر على مجرد الفصل فى الدفع بعدم القبول ؟ .

نعلم أن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلى لايمس موضوع النزاع ، وبالتالى ، عند استئنافه ، تقتصر ولاية محكمة الدرجة الثانية على مجرد الفصل فى الدفع الشكلى دون أن تتعرض لموضوع الدعوى عملا بالقواعد العامة التى تقضى بأن الاستئناف يطرح على محكمة الدرجة الثانية مارفع عنه الاستئناف من قضـاء محكمة الدرجة الاولى «١» ، ويكون لمحكمة

---

(١) **Tantum devolution quantum appellatum**

الدرجة الاولى أن تفصل فى موضوع الدعوى اذا الغت محكمة الدرجة الثانية حكمها الصادر بقبول الدفع الشكلى . أما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعى فان استئنافه يطرح على محكمة الدرجة الثانية النزاع برمته ولا يجوز لمحكمة الدرجة الاولى أن تتعرض مرة ثانية لموضوع الدعوى الذى سبق أن أصدرت فيه حكمها .

وقد ثار النزاع بصدد الحكم بقبول الدفع بعدم القبول هل يترتب على استئنافه طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولايتها تقتصر على مجرد الفصل فى الدفع بعدم القبول دون أن يكون لها التعرض للموضوع اللهم الا اذا كان المشرع يجيز لها حق التصدى — وهو حق لمحكمة الدرجة الثانية فى أن تتصدى لموضوع الدعوى وتفصل فيه اذا الغت الحكم الفرعى المستأنف وكانت الدعوى صالحة للحكم فيها «١» ؟.

واتجهت محكمة النقض الفرنسية (قبل صدور مرسوم سنة ١٩٣٥) ومحكمة الاستئناف المختلطة الى تقسيم الدفوع بعدم القبول الى قسمين : دفوع أولية لاتتصل بالموضوع ودفوع تتصل بالموضوع **exception purement préjudicielle ou se lie au fond** وعند استئناف الحكم الصادر فى النوع الاول من الدفوع لايجوز للمحكمة الاستئنافية أن تتعرض للموضوع ، وعند استئناف الحكم الصادر فى النوع الثانى تنظر المحكمة القضية بأكملها بناء على ما للاستئناف من أثر نقل النزاع الى محكمة الدرجة الثانية ، ودون أن يكون هناك محل لاعمال نصوص القانون المتعلقة

---

(١) قيل لتبرير حق التصدى ان المشرع اراد به ان يمنع محكمة الدرجة الاولى من الفصل فى موضوع الدعوى لانها وقد جانبت الصواب فى حكمها الفرعى فقد ضعف الامل فى حسن قضائها فى الموضوع لما بينهما من صلة . ولا يخفى أن حق التصدى يفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضى .

ولم ير المشرع فى قانون المرافعات الجديد ان يبقى لمحكمة الدرجة الثانية ما كان يخوله لها القانون القديم من حق التصدى لموضوع الدعوى .

بالتصدى «[١]» .

١٨ ــ ومما قالته محكمة الاستئناف المختلطة فى أحــد أحكامها « ان محكمة الاســتئناف تكون ملزمة بنظــر الموضوع والفصل فيــه لمجرد ما للاستئناف من أثر نقل النزاع الى محكمة الدرجة الثانية «[٢]» ، ثم قالت، ان الدفع بانتفاء الصفة ليس دفعا ابتدائيا مما لايمس الموضوع ولايتصل به ، بل ان النزاع فى القضية كان يشمل ما اذا كان الدين قــد نشأ وثبت فى ذمة المدينين ويشمل ما اذا كان قد بقى فى ذمتهم وما اذا كان المــدعى لايزال صاحب الصفة فى المطالبة به ، أم أنه انتقل بالحوالة الى شخص آخر (وهو ما ادعاه المستأنف عليهم ودفعوا به وحده الدعوى) . لذلك رأت المحكمة من واجبها ، وهى محكمة استئنافية انتقل النزاع اليها برمته ، أن تنظر فى باقى النقط الموضوعية التى لم يتعرض لها قضاة محكمة الدرجة الاولى ، أما نصوص القــانون المتعلقة بحق التصدى فلا محل لتطبيقهــا ما دامت غريبة عن موضوع البحث «[٣]» » .

ومما قاله المرحوم الدكتور محمد حامد فهمى تعليقا على الحكم المتقدم « ان الدفع بعدم قبول الدعوى وبخاصة الدفع بعدم قبولها لانعدام صفة المدعى فى رفعها هو دفع موضوعى يقصد به الرد على الدعوى نفسهــا ، ويترتب على الحكم بقبوله أن يخسر المدعى دعواه بحيث لايستطيع العودة اليها . واذا فان المحكمة وهى تقضى بقبوله تفصل فى موضوع الدعوى . ولا يغير وجه المسألة أن المحكمة وقد قبلت الدفع وقضت برفض الدعوى

---

(١) نقض (دائرة العرائض) ٢٦ يونيه ١٨٦٠ (سيريه ٦٠-١-٧١) ونقض ٨ نوفمبر ١٨٨٧ (دالوز ٨٨-١-٤٧٩) ونقض (دائرة العــرائض) ٢٥ اكتوبر ١٩٠٥ (سيريه ١٩٠٦-١-٤٦٠) وموريل رقم ٥٢ ص ٥٦ .

واستئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٣٠ والتعليق عليه (مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى ص ٨٧١)

واستئناف مختلط ٢٦ مايو ١٩٢٦ (مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ٣٩٤) و٢٥ يونيه ١٩٢٩ (مجلة التشريع والقضاء ٤١ ص ٤٦٦) .

(٢) **par le simple effet devolutif de l'appel**

(٣) حكم ٢١ فبراير ١٩٣٠ المتقدمة الاشارة اليه .

أو بعدم قبولها لم تتعرض للنظر فى سائر ما اثير أمامها من الدفوع الموضوعية لاستغنائها عن البحث فيها ، وكذلك لايغير وجه المسألة أن يحصر المدعى عليه دفاعه فى موضوع الدعوى فى الدفع بعدم قبولها مكتفيا به عن ابداء غيره من الدفوع ، ففى جميع هذه الصور تستنفد محكمة أول درجة بالحكم كل سلطتها فى نظر الدعوى وتخرج القضية برمتها من ولايتها فتدخل بالاستئناف فى ولاية محكمة الدرجة الثانية ، حتى اذا رأت هذه المحكمة الحكم برفض الدفع الذى قبلته المحكمة الابتدائية تعين عليها أن تتدرج الى النظر فى كل ماتعلق بموضوع الدعوى لتفصل فى طلبات المدعى »[١] .

ونحن لانؤيد الاتجاه الذى نحت اليه محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها ، فالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة هو دفع لايتصل بأصل الحق ، وأحيانا تحكم فيه المحكمة قبل فحص الموضوع . وعلى ذلك فالحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة هو حكم فى مسألة أولية واستئنافه لايطرح على محكمة الدرجة الثانية موضوع الدعوى الاصلية لان هذا الموضوع لم تفصل فيه محكمة الدرجة الاولى فلا يتصور بالتالى أن يشمله الطعن بالاستئناف . هذا ويلاحظ أن الاتجاه المتقدم لايتغير ولو اتضح أن محكمة الدرجة الاولى قد سمحت للخصوم أن يتعرضوا لاصل الموضوع أو اتضح أن المحكمة نفسها وهى بسبيل اصدار حكمها فى الدفع تعرضت لفحصه ذلك لان العبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكما اذ لايتصور أن يشمل الطعن بالاستئناف غير ماقضى به الحكم المطعون فيه .

ولقد تعرضت محكمة الدرجة الثانية للموضوع فى القضية المتقدمة بدعوى أن الاستئناف ينقل النزاع برمته الى محكمة الدرجة الثانية ، وفاتها أن النزاع الذى يطرح على محكمة الدرجة الثانية هو النزاع الذى طرح بالفعل على محكمة الدرجة الاولى ونظرت فيه حقيقة أو حكما ، كما أن محكمة الدرجة الثانية لاتنظر الا فيما طعن به على الحكم المستأنف ،

---

(٢) مجلة القانون والاقتصاد ص ٨٧٢ وص ٨٧٣ .

والمحكمة الابتدائيـة فى القضية المتقدمة لم تفصل فى موضـوع الدعوى وحكمها لم يصدر الا فى شأن الدفع بانتفاء الصفة ، فتكون محكمة الدرجة الثانية قد فوتت على الخصوم درجة من درجات التقاضى .

١٩ ــ وقضت محكمة النقض بأن الدفع بعـدم جواز نظـر الدعوى لسبق الفصل فيها هو دفع الدعوى برمتها فى ذات موضوعها ومتى قبلتـه المحكمة وقضت بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها فقد انحسمت الخصومة فى هذا الموضوع أمامها وأصبح من غير المحكمة قانونا الرجوع اليها فيه . فلو كان هذا الحكم صادرا من محكمة أول درجة واستأنفـه الخصم طالبـا الغاءه والقضاء له فى موضـوع الدعوى فان محكمة ثانى درجة (اذا الغت هذا الحكم) يكون لهـا بما للاستئناف فى الموضوع من أثر نقل النزاع برمته اليها أن تنظر موضوع هذا النزاع وتفصل فيـه فى حدود طلبات المستأنف وذلك حتى لو اقتصر المستأنف عليه على التكلم فى موضوع الدفع وعلى طلب تأييد الحكم المستأنف «١» .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفع موضوعى والحكم فيه قضاء فى أصل الدعوى تستوفى به محكمة الدرجة الاولى كل ولايتها . فاذا استؤنف هذا الحكم ورأت محكمة الاستئنـاف الغاءه كان عليهـا الفصل فى الموضوع دون اعادة القضية لمحكمة الدرجة الاولى ولاتكون فى ذلك متصدية للموضوع عملا بنص المـادة ٣٧٠ من قانون المرافعات (القديم) وما بعدها «٢» .

٢٠ ــ وفى فرنسـا بعد صدور مرسوم سـنة ١٩٣٥ ــ الذى يوجب ابداء الدفوع بعـدم القبول قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فى الادلاء بها ــ أصبح المنطق يقتضى عند استئناف الحكم الصادر فى الدفع أن تقتصر ولاية محكمة الدرجة الثـانية على الفصل فيـه دون التعرض للموضوع ، بمعنى أنهـا اذا الغت الحكم الصادر بعـدم قبول الدعوى

(١) نقض ٧ يونيه ١٩٣٤ (مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ١٩٢) .
(٢) استئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ المحاماة ٣١ ص ١٣٦٣ .

فلا يجوز لها أن تفصل فى الموضوع لان هذا الاستئناف لاينقل الى محكمة الدرجة الثانية الا ما فصلت فيه فقط محكمة الدرجة الاولى وهو النزاع فى الدفع . انما يجوز لها أن تتصدى لموضوع الدعوى اذا توافرت شروط التصدى المنصوص عليها فى المادة ٤٧٣ من قانون المرافعات الفرنسى «[1]» .

ومع ذلك يتجه الرأى الى وضع ذات التقسيم الذى تقدمت الاشارة اليه ، الذى يقسم الدفوع بعدم القبول الى قسمين : دفوع تتصل الموضوع كالدفع بانتفاء المصلحة ودفوع أخرى معناها السقوط لانقضاء الميعاد ، والحق النوع الاول بالدفوع الموضوعية بحيث يكون من أثر استئناف الحكم الصادر فيها طرح النزاع برمته أمام محكمة الدرجة الثانية، وذلك لان هذه الدفوع بذواتها يجوز ابداؤها فى أية حالة تكون عليها الدعوى (كما قررت أخيرا محكمة النقض الفرنسية) ولان محكمة الدرجة الاولى وهى تقضى بقبول هذه الدفوع انما تفصل فى موضوع الدعوى .

٢١ ـ اتجاه القانون الجديد :

لم ير قانون المرافعات الجديد ـ كما رأينا ـ الا أن ينص على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها ، وترك غير ذلك من المسائل التى يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع ، فهل يؤخذ باتجاه رأى محكمة النقض المصرية ومحكمة استئناف مصر فيلحق الدفع بعدم القبول ، فى هذا الصدد ، بالدفوع الموضوعية على اعتبار أن المحكمة متى قبلت الدفع وقضت بعدم جواز الدعوى فقد انحسمت الخصومة فى هذا الموضوع أمامها وأصبح من غير الممكن الرجوع اليها فيه ؟

نحن لانرى هذا الاتجاه ، فقد سلمنا ، كما قدمنا ، بأن الدفع بعدم القبول ينحصر فى الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر سلطته فى استعمال الدعوى لسبق الفصل فيها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لرفعها دون الاحوال التى ينكر فيها

---

(١) موريل رقم ٥٢ ص ٥٧ .

الخصم سلطة خصمه لانتفاء المصلحة ، فالدفع بعدم القبول يعد دفعا أوليا أو ابتدائيا exception purement préjudicielle والحكم الصادر فيه لايمس موضوع الدعوى لا عن قرب ولا عن بعد .

وعلى ذلك لايجوز لمحكمة الدرجة الثانية أن تنظر فى غير الدفع الذى استؤنف الحكم فيه اليها ذلك لان الاستئناف لاينقل الى محكمة الدرجة الثانية غير النزاع الذى طرح أمام محكمة الدرجة الاولى ونظرت فيه حقيقة أو حكما ، واذ انحصر النزاع فى الدفع فلا تنظر محكمة الدرجة الثانية غير ماكان مطروحا للنظر على محكمة الدرجة الاولى . ومن ناحية أخرى فان محكمة الدرجة الثانية لاتنظر الا فيما طعن به على الحكم المستأنف ، والحكم لم يصدر الا فى شأن الدفع ولا يتصور أن يشمل الطعن فيه بالاستئناف غير ماقضى به . لذلك تكون مطالبة محكمة الدرجة الثانية بالنظر فى الموضوع برمته من قبيل ابداء طلبات جديدة فى الاستئناف فى غير ماسمح به القانون استثناء عملا بنص المادة ٤١١ ، ومن قبيل عرض النزاع لاول مرة على المحكمة الاستئنافية ، وفى هذا تفويت لدرجة من درجات التقاضى .

هذا ويلاحظ أن الاتجاه المتقدم لايتغير ولو اتضح أن محكمة الدرجة الاولى قد سمحت للخصوم بأن يتعرضوا لاصل الموضوع أو اتضح أن المحكمة نفسها وهى بسبيل اصدار حكمها فى الدفع تعرضت لفحصه ذلك لان العبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكما اذ لايتصور أن يشمل الطعن بالاستئناف غير ماقضى به الحكم المطعون فيه .

لكل ما تقدم نرى أن الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لايمس الموضوع ويتعين على محكمة الدرجة الثانية ان هى الغته أن تعيد الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى لتفصل فى موضوعها . وهذا الرأى يتفق الى حد كبير مع ماوصل اليه الفقه والقضاء فى فرنسا .

الحكم الصادر فى الدفع

٢٢ ــ رأينا أن القــانون يجيز ابداء الدفع فى أية حالة تكون عليهــا الدعوى • وهذا الدفع كغيره من الدفوع يجوز ابداؤه شــفاهة سواء فى حضور الخصم الآخر أو فى غيبته ، ويجوز أن يبدى كتابة •

ويجوز أن يبدى قبل مواجهــة الموضوع فتحكم المحكمة فيــه على استقلال أو تأمر بضمه الى الموضوع • وكان المشروع المقدم من الحكومة الى البرلمان يضيف العبارة الآتية الى نص المادة ١٤٢ « واذا أبدى هــذا الدفع قبل مواجهة الموضوع فتحكم المحكمة فيه على استقلال ما لم تأمر بضمه الى الموضوع » • وقد رأى البرلمان أن اعمال القواعد العامة يغنى عن هذه العبارة فحذفت من المادة •

والمحكمة ــ فى العادة ــ لاتأمر بضم الدفع الى الموضوع الا اذا كان الحكم فى الدفع يستوجب البحث فى الموضوع •

ويراعى أن الحكم فى موضوع الدعوى دون التعرض للدفع يعد من جانب المحكمة قضاء ضمنيا برفض الدفع بعدم القبول • وهــذا بعكس ما هو عليه الحال بالنسبة لمسائل الاختصاص فعلى الرغم من أن الحكم فى موضوع الدعوى دون التعرض لمسألة الاختصاص يعد من جانب المحكمة قضاء ضمنيا برفض الدفع بعــدم الاختصاص فان المشرع اســتلزم رعاية لمسائل الاختصاص أن تصدر المحكمة فيها قضاء صريحا فالمادة ١٣٢ تلزم المحكمة بأن تبين ماقضت به فى مسألة الاختصاص وفى موضوع الدعوى كلا على حــدة • وقد راعى المشرع فى ذلك جواز الطعن بالاســتئناف فى الحكم الصادر فى الدفع بعدم الاختصاص ، ولو كان موضوع الدعوى مما يدخل فى النصاب الانتهائى لمحكمة الدرجة الاولى (م ٤٠١/٢) •

والحكم الصادر بقبول الدفع أو عدم قبوله هو من الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع ـ أى الفرعية «١» ـ وهو يخضع للقواعد العامة من حيث تقدير نصاب استئنافه ، والقاعدة أن جميع الاحكام الصادرة قبل الفصل فى موضوع الدعوى يراعى فى تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى (م ١/٤٠١)

والحكم بقبول الدعوى أو قبول الطلب العارض أو قبول التدخل أو قبول الاستئناف لايقبل الطعن فيه فور صدوره لانه لاتنتهى به الخصومة كلها أو بعضها .

أما الحكم بعدم قبول الدعوى فهو يقبل الطعن فورا ، كذلك الحال بالنسبة الى الحكم بعدم قبول الطلب العارض أو عدم قبول التدخل .

واذا قضت المحكمة بعدم قبول بعض الطلبات وقبول الطلبات الاخرى، فالشق الاول من الحكم يقبل الطعن المباشر دون الشق الآخر .

ويلاحظ أن الحكم بقبول الدعوى أو بقبول بعض الطلبات ينفذ فورا دون أن تستوفى بصدده الشروط اللازمة لجواز تنفيذ الاحكام باعتبار المرافعة فى الموضوع تنفيذا للحكم برفض الدفع .

ولا يعتبر التعرض للموضوع ، من جانب الخصم الذى دفع بعدم القبول رضاء ضمنيا **acquiescement** عن الحكم الصادر برفض الدفع فيجوز له بعد صدور الحكم فى الموضوع أن يطعن فى الحكم الاول .

وتنص المادة ٤٠٤ على أن استئناف الحكم الصادر فى موضوع الدعوى يستتبع حتما استئناف جميع الاحكام التى سبق صدورها فى القضية ما لم تكن قبلت صراحة . فعلى ذلك اذا صدر حكم برفض الدفع

---

(١) اتجه الى هذا الراى المرحوم الاستاذ ابو هيف اذ اعتبر الحكم بعدم جواز سماع الدعوى لفوات الميعاد أو لمضى المدة من الاحكام القطعية الفرعية التى تفصل فى نقطة معينة قبل الفصل فى موضوع الدعوى (ابو هيف ٢ رقم ١٠٧١ ص ٧٧) .

بعدم القبول ثم صدر الحكم فى الموضوع فان استئناف هذا الحكم الأخير يطرح استئناف الحكم الاول بشرط ألا يكون المستأنف قد قبل الحكم الاول صراحة .

انما اذا صدر الحكم برفض الدفع ثم صدر الحكم فى الموضوع لمصلحة من صدر عليه الحكم الاول فهل استئناف الحكم فى الموضوع يطرح الخصومة فى الدفع ؟ . الاصل أنه لايصح أن تعد مستأنفة الا الاحكام الصادرة ضد المستأنف ، اذ لايجوز أن يفيد من الاجراء الا من باشره ، ولكن المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات تقول « ان استئناف الحكم فى موضوع الدعوى يترتب عليه طرح النزاع فى كل ماقضت فيه الاحكام القطعية والاحكام المتعلقة باجراءات الاثبات ونحوها مما سبق صدوره فى القضية ولو كانت هذه الاحكام قد صدرت لمصلحة المستأنف بحيث يجوز للمستأنف عليه أن يثير كل ما كان قد أبداه من دفوع ووجوه دفاع أمام محكمة الدرجة الاولى بدون حاجة الى استئناف الاحكام الصادرة برفضها قبل الفصل فى الموضوع » .

والمشرع بهذه القاعدة قد راعى أمثال الحالة التى نحن بصددها ، وهى حالة صدور الحكم فى الموضوع لمصلحة أحد الخصوم ، دون أن يكون الحكم الصادر قبل الفصل فى الموضوع فى صالحه ، ويستأنف خصمه الحكم فى الموضوع ، فلا يجوز للاول أن يستأنف الحكم الفرعى اذ أنه لايملك استئناف الحكم فى الموضوع لانه قد صدر وفق طلباته «[1]» (بفرض أن يكون الحكم الفرعى مما لايقبل الطعن المباشر) .

---

(١) ولا يجوز ان يقال بجواز استئناف الحكم برفض الدفع على استقلال وبعد صدور الحكم فى الموضوع اذ المصلحة فى الطعن تنتفى فى هذا الصدد لان المصلحة فى الطعن فى الحكم الفرعى على استقلال لاتتوافر الا اذا كان الحكم فى الموضوع قد صدر هو الاخر ضد مستأنف الحكم الفرعى ، فيكون الغرض من استئناف الحكم الفرعى الغاءه ، وسيتتبع هذا الغاء الحكم فى الموضوع . اما الفرض المتقدم فمقتضاه ان الحكم فى الموضوع قد صدر لمصلحة المحكوم عليه بالحكم الفرعى . فالمصلحة فى الطعن فى الحكم الفرعى لاتتوافر لان الغاءه يستتبع الغاء الحكم فى الموضوع ، وهذا الحكم قد صدر لمصلحة الطاعن .

الخاتمة

أدركنا مما تقدم أنه ان سلمنا بأن الدعوى هى ذات الحق متحركا الى القضاء كان الدفع الموجه اليها موجه اليــه فى واقع الامر ، ومن ثم يكون الدفع بعدم القبول هو فى الحقيقة دفع موضوعى يسرى عليه مايسرى على الدفع الموضوعى من قواعد •

وخلصنا الى أن الدعوى ليست بذات الحق المدعى به وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، انما هى جزء لايتجزأ من الحق • فالحق لايكتمل وجوده الا اذا كان لصاحبه سلطة الالتجـاء الى المحاكم للذود عنه ، لان امكان الافادة من المنفعة التى يخولها القــانون لصاحب الحق لايتحقق الا اذا كان فى مكنتـــه الالتجاء الى المحاكم للاعتراف له به أو لحمايته ولاكراه مدينه على التسليم له به • ويتفرع عن هذا أنه لايتصور وجود دعوى دون أن تستنـــد الى حق ، ولا يوجد حق دون أن تحميـــه دعوى ، وأن لكل حق دعوى واحدة تحميه فان تعددت الدعاوى بصـــدد واقعة قانونية معينة فذلك لان هـــذه الواقعة تنشىء من الدعاوى بقـــدر الحقوق المتعلقة بها • ومن ناحية أخرى تتميز الدعوى عن الحق من حيث سبب كل منهما ، كما أنها تضيف اليه عنصرا أو مزايا لم يكن يتضمنهـــا من قبل •

وعلى ذلك اذا سلمنا بأن الدعوى ليست بذات الحق المدعى به لايكون الدفع الموجه اليها دفعا موضوعيـــا انما هو دفع من نوع خاص يوجه الى الوسيلة التى قررها القانون لحماية الحق •

وخلصنا من كل ما أسلفناه على وجه التفصيل الى أن الدفع بعـــدم القبول ينحصر فى الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفـــة خصمه أو ينكر وجود دعوى لديه لسبق الفصل فى موضوعها أو لسبق الصلح فيهـــا أو

لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك .

ورأينا أن الدفع بانتفاء المصلحة لايعد دفعا بعدم القبول انما هو دفع موضوعى لان وجود الحق فى رفع الدعوى هو المصلحة القانونية ، وكون الحق مستحقا الاداء هو المصلحة القائمة الحالة .

ورأينا أن قانون المرافعات المصرى ينص على جواز ابداء الدفع فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو فى الاستئناف ، وذلك حتى لايحرم الخصم ـ وهو غالبا المدعى عليه ـ من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن قرب .

أما القانون الفرنسى فهو يوجب ابداء الدفع بعدم القبول قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فى الادلاء به . وأدركنا أن هذه القاعدة ظاهرة السداد حتى لايتأخر الفصل فى الدعوى لانه ان سلمنا بأن الدفع بعدم القبول ينحصر فقط فى الاحوال المتقدمة يكون بعيدا عن أن يمس موضوع الدعوى .

وفى فرنسا بعد صدور مرسوم سنة ١٩٣٥ ـ الذى يوجب ابداء الدفوع بعدم القبول قبل التكلم فى الموضوع والا سقط الحق فى الادلاء بها ـ أصبح المنطق يقتضى عند استئناف الحكم الصادر فى الدفع أن تقتصر ولاية محكمة الدرجة الثانية على الفصل فيه دون التعرض للموضوع بمعنى أنها اذا الغت الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى فلا يجوز لها أن تفصل فى الموضوع لان هذا الاستئناف لاينقل الى محكمة الدرجة الثانية الا ما فصلت فيه فقط محكمة الدرجة الاولى وهو النزاع فى الدفع . انما يجوز لها أن تتصدى لموضوع الدعوى اذا توافرت شروط التصدى المنصوص عليها فى المادة ٤٧٣ من قانون المرافعات الفرنسى . ومع ذلك يتجه الرأى الراجح الى تقسيم الدفوع بعدم القبول الى قسمين : دفوع تتصل بالموضوع كالدفع بانتفاء المصلحة ودفوع أخرى مبناها السقوط لانقضاء الميعاد ، والحق النوع الاول بالدفوع الموضوعية بحيث يكون من أثر استئناف الحكم الصادر فيها طرح النزاع برمته أمام محكمة

الدرجة الثانية ، وذلك لان هذه الدفوع بذواتها يجوز ابداؤها فى أيةحالة تكون عليها الدعوى (فى نظر محكمة النقض الفرنسية) ، ولان محكمة الدرجة الاولى وهى تقضى بقبول هـذه الدفوع انما تفصل فى موضوع الدعوى .

ولم ير قانون المرافعات الجديد ـ كما رأينا ـ الا أن ينص على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها ، وترك غير ذلك من المسائل التى يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع . ونحن ، وقد سلمنا بأن الدفع بعدم القبول ينحصر فى الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر سلطته فى استعمال الدعوى لسبق الفصل فيها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك، نرى أن هذا الدفع يعد دفعا أوليا أو ابتدائيا ، والحكم الصادر فيـه لايمس موضوع الدعوى لاعن قرب ولا عن بعـد ، وعلى ذلك لايجوز لمحـكمة الدرجة الثانية أن تنظر فى غـير الدفع الذى استؤنف الحكم فيـه اليها ذلك لان الاستئناف لاينقل الى محكمة الدرجة الثانية غير النزاع الذى طرح أمام محكمة الدرجة الاولى ونظرت فيه حقيقة أو حكما ، واذ انحصر النزاع فى الدفع فلا تنظر محكمة الدرجة الثانية غير ما كان مطروحا للنظر على محكمة الدرجة الاولى . ومن ناحيـة أخرى فان محكمة الدرجة الثانيـة لاتنظر الا فيما طعن به على الحكم المسـتأنف ، والحكم لم يصدر الا فى شـأن الدفع ولا يتصور أن يشمل الطعن فيه بالاستئناف غير ماقضى به . لذلك تكون مطالبة محكمة الدرجة الثانية بالنظر فى الموضوع برمتـه من قبيل ابداء طلبات جديدة فى الاستئناف فى غير ماسمح به القانون استثناء عملا بنص المادة ٤١١، ومن قبيل عرض النزاع لاول مرة على المحكمة الاستئنافية، وفى هذا تفويت لدرجة من درجات التقاضى .

ويلاحظ أن الاتجاه المتقـدم لايتغير ولو اتضح أن محـكمة الدرجة الاولى قـد سمحت للخصوم بأن يتعرضوا لاصل الموضوع أو اتضح أن المحكمة نفسها وهى بسبيل اصدار حكمها فى الدفع تعرضت لفحصه ذلك

لان العبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكما اذ لايتصور أن يشمل الطعن بالاستئناف غير ما قضى به الحكم المطعون فيه ٠

ورأينا أنه — لكل ما تقدم — يتعين على محكمة الدرجة الثانية ان هى الغت الحكم الصادر بعـدم قبول الدعوى أن تعيـد القضية الى محكمة الدرجة الاولى لتفصل فى موضوعها ٠ وهذا الرأى يتفق الى حد كبير مع ما وصل اليه الفقه والقضاء فى فرنسا ٠

وبعـد ، فليس من العسير أن ندرك أن الاضـطراب الذى يشوب دراسة هذا الدفع وتفكك الرأى بشأنه يرجع الى أن الفقه لم يسلك الطريق القويم فى معالجته ، فمن الواجب أولا تحديد طبيعتـه وحصر حالاته ومن ثم يسهل تحديد الاتجاه الذى يتعين على المشرع أن يسلكه عنـد معالجة أحكامه ٠

وأخيرا ، لعل عبارة « الدفع بانتفاء الدعوى » أو « الدفع بعدم وجود دعوى » تكون أكثر ضبطا وتوفيقا من عبارة « الدفع بعدم قبول الدعوى » لان التعبير الاخير يوحى بان للخصم دعوى ولكنها غير مقبولة لعدم توافر شرط من شروط قبولها ، والحقيقة أن الدعوى لاتوجد لديه ، فالاصدق فى التعبير أن يقال « الدفع بانتفاء الدعوى » ٠

رد اعتبار
المحكوم عليه مع ايقاف تنفيذ العقوبة

للدكتور محمود محمود مصطفى

١ ــ الاحكام الصادرة على طالب رد الاعتبار : تنطوى صحيفة سوابقه على الاحكام الآتية :

١ ــ حكم بغرامة ثلاثةجنيهاتعنواقعةضرب، صدرفى٢٠/١/١٩٤٨ .
٢ ــ حكم بغرامة ١٥٠ قرشا فى احراز سنج غير مضبوطة و٥٠ قرشا فى احراز سنج غير مدموغة ، صدر فى سنة ١٩٤٨ .
٣ ــ حكم بغرامة ٢٠ جنيها وحبس ستة أشهر مع ايقاف تنفيذ عقوبة الحبس ، لاحراز مسدس وذخيرة بدون ترخيص ، صدر من محكمةعسكرية فى ٢٧/٣/١٩٤٩ .

٢ ــ عريضة الطالب الى النيابة العامة : فى يونيه سنة ١٩٥٢ خلتوظيفة العمودية فى قرية الطالب ورغب فى الترشيح لها ، ولكن حال دون ادراج اسمه فى كشف المرشحين ماتقضىبه المادة الثالثة (٥) من القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالعمد والمشايخ من أنه يجب فيمن يعين عمدة أو شيخا « ألا يكون قد صدرعليه حكمقضائى أو تأديبىماس بالنزاهة والشرف» . وهذا الوصف يصدق على حكم واحد من بين الاحكام الثلاثة الصادرة على الطالب ، وهو الحكم الثانى . ولو كانت صحيفة الطالب قد انتهت عند هذا الحكم لجاز رد اعتباره بالطريق القضائى بلا شبهة . ولكن صدر عليه حكم ثالث ، وان كان غير ماس بالنزاهة والشرف الا أنه يحول دون رد الاعتبار حتى تتحقق الشروط المنصوص عليها فى القانون بالنسبة اليه

أيضا ، عملا بالمادة ٥٤١ من قانون الاجراءات الجنائية .

هذا الحكم الاخير يتضمن عقوبتين : غرامة قدرها عشرون جنيها ، وحبس ستة شهور مع ايقاف التنفيذ . ولو اقتصر الحكم على عقوبة الغرامة لجاز للطالب استعادة اعتباره قضائيا . ولكن الشبهة فيما اذا كانت عقوبة الحبس ستة شهور مع ايقاف التنفيذ تحول دون استعادة الاعتبار بعد ثلاث سنوات بالطريق القضائى .

٣ ـ **رأى النيابة :** جاء فى مذكرة النيابة مايلى :

« حيث أنه لاحتساب المدة اللازمة لرد الاعتبار يتعين معرفة سبب رد الاعتبار ، هل هو رد اعتبار قضائى أم بحكم القانون . وحيث أن الحكم الصادر بعقوبة مع وقف التنفيذ انما هو حالة خاصة من رد الاعتبار القانونى ، وان كانت لم ترد ضمن نص المادة ٥٥٠ اجراءات . وحيث أنه لايجوز رد الاعتبار عن حكم صادر مع ايقاف التنفيذ قبل انتهاء مدة الايقاف . وحيث أنه لم يمض على صدور هذا الحكم سوى ثلاث سنوات . ومن ثم تكون المدة اللازمة لرد اعتبار الطالب اليه لم تمض بعد » .

أخذت النيابة برأى دون أن تعرض لحقيقة المسألة فجاءت أسانيدها مضطربة غير منتجة لما استخلصته .

٤ ـ **استعادة الاعتبار يكون باحد طريقين مستقلين :** رد الاعتبار من الانظمة التى رؤى العمل بها لاصلاح من انزلق فى طريق الاجرام ، بتمكينه من الاندماج ثانية فى الهيئة الاجتماعية ومن أن يتبوأ فى هذه الهيئة المكان اللائق بكل وطنى صالح ، متى بذل مجهودا جديا ليهتدى وأقام الدليل على هذا بحسن سيرته مدة ما . وفى أغلب الشرائع يستعاد الاعتبار اما بحكم القانون واما بحكم القضاء . فالاول يكتسب حتما بدون وساطة القضاء بمجرد مرور زمن معين من تاريخ انقضاء العقوبة اذا لم يصدر أثناء المدة المذكورة حكم بعقاب جديد ، أما الثانى فيكتسب بحكم من القضاء بعد فحص حالة الطالب . ولكل من الطريقين شروطه ، ويتعين ابتداء التنبيه

الى عدم الخلط بينهما ، فللمحكوم عليه أن يستعيد اعتباره عن أى الطريقين، فقد يلجأ الى الطريق القضائى فيجاب الى طلبه ، وقد يخفق لعدم تحقق القضاء من حسن سيره ، فيرد اليه اعتباره بحكم القانون متى مضت المدة المقررة ، وكذلك الشأن اذا لم يلجأ الى الطريق القضائى أصلا .

٥ ــ **افضلية الطريق القضائى :** لانزاع فى أن الطريق القضائى أدنى الى تحقيق الغرض المقصود من الاخذ بنظام رد الاعتبار ، فرد الاعتبار بطريقيه يبنى على حسن السيرة ، ولكن هذا يفترض افتراضا لا يقبل اثبات عكسه فى صورة رد الاعتبار بحكم القانون ، بيد أنه فى حالة رد الاعتبار القضائى لابد من أن تقتنع المحكمة باستقامة الطالب والا رفضت الطلب . ومن ثم فانه اذا كان الطريق القضائى لايلقى اعتراضا من أحد فان الطريق الآخر محل اعتراض الكثيرين ، اذ أنه يسمح لشخص حياته غير شريفة وسلوكه شائن باستعادة اعتباره مادام لم يرتكب جريمة معينة أو استطاع اخفاء ما يرتكبه من الجرائم فأفلت من العقاب . وهذا ما دعا الشارع المصرى أولا الى سلوك الطريق القضائى دون القانونى فى المرسوم بقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٣١ بشأن اعادة الاعتبار ، وهو ما دعا الشارع الايطالى سنة ١٩٣٠ الى العدول عن نظام رد الاعتبار بحكم القانون بعد أن أخذ به سنة ١٩٠٦ عن القانون الفرنسى «[١]» ، وهو ما دعا المؤتمر الدولى الثانى عشر للعقوبات الذى انعقد فى لاهاى فى أغسطس سنة ١٩٥٠ الى اصدار قرار جاء فيه ما يلى : « لكى يتحقق الغرض من نظام رد الاعتبار يجب أن يكون أساسه فحص حالة الطالب ، فلا يستعاد الاعتبار بناء على قواعد مجردة » «[٢]» . فمن الطبيعى اذن أن يجىء شرط المدة لرد الاعتبار بحكم القانون أقسى وأشد ، فالمدة لاتقل عن الضعف وتصل الى أضعاف فى بعض الجرائم (تقارن المادة ٥٣٧ بالمادة ٥٥٠ من

---

(١) يراجع دونديه دفابر ــ القانون الجنائى والعلوم الجنائية ــ الطبعة الثالثة فقرة ١٠١٤ .

(٢) تراجع محاضر جلسات المؤتمر جـ ١ ص ٦٣٤ ، ومناقشة الموضوع فى القسم المحال اليه ص ٣٢٤ وما بعدها .

من قانون الاجراءات الجنائية) •

٦ ـ رد الاعتبار ووقف التنفيذ : يصدر الامر بايقاف تنفيذ العقوبة لمدة خمس سنين تبتدىء من اليوم الذى يصبح فيه الحكم نهائيا (مادة ٥٦ / ١ عقوبات) ، واذا انقضت مدة الايقاف ولم يكن صدر فى خلالها حكم بالغائه فلا يمكن تنفيذ العقوبة المحكوم بها ويعتبر الحكم بها كأن لم يكن (مادة ٥٩ عقوبات) • فبمقتضى هذا تأمر المحكمة باعفاء المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة ، فاذا انقضت السنوات الخمس دون أن يلغى الايقاف بحكم أمحى الحكم القاضى بالادانة بالنسبة للمستقبل وزال كل ما قد يترتب عليه من انعدام الاهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية • ولما كانت هذه الآثار هى بعينها الآثار التى تترتب على رد الاعتبار ، ولما كان ترتيبها يحصل بغير تدخل القضاء أى بمجرد انقضاء مدة الايقاف ، فان الشراح يدخلون هذه الحالة فى عداد حالات رد الاعتبار القانونى »[1] •

وينتج عن تطبيق الاصول السابقة ان كون المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ يسترد اعتباره بحكم القانون بانقضاء خمس سنوات لايحرمه من الطريق الآخر الا بنص صريح ، بل ان فى اطالة المدة الى خمس سنوات بدلا من ثلاث لدليلا على التزام الشارع خطته فى التفرقة بين الطريقين من حيث المدة ، وكل ما يتميز به المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ هو أنه يسترد اعتباره بانقضاء خمس سنوات بدلا من ست ، فى الصورة محل البحث • ولهذه الميزة مايبررها فى الاعتبارات التى دعت الى اعفاء المحكوم عليه من التنفيذ •

---

(١) جارو ـ مطول العقوبات ـ الطبعة الثالثة جـ ٢ فقرة ٧٨١ ومابعدها ، دونديه دفابر ـ فقرة ٩٩٦ ، فيدال ومانيول الطبعة التاسعة جـ ١ فقرة ٩٠٢ مكرر ، زكى العرابى ـ المبادىء الاساسية للاجراءات الجنائية ـ جـ ٢ فقرة ١٠٤٠ •

فلا نزاع اذن فى أن القانون لايحرم المحكوم عليه من الالتجاء الى القضاء لاستعادة اعتباره ، فالبحث يجب أن يكون منحصرا فى استيفاء الشروط التى يستلزمها القانون لاجابته الى طلبه .

٧ ـ مناقشة الموضوع فى فرنسا : قبل تنفيذ قانون الاجراءات الجنائية فى١٥ أكتوبرسنة ١٩٥١«١» لم يكن هناك مجال لاثارة هذا البحث ، فماكان يجوز ر دالاعتبار قبل انقضاء ثمانى سنوات طبقا للمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٣١ . ولما خفضت هذه المدة الى ثلاث بمقتضى القانون المذكور أصبح الوضع فى التشريع المصرى مشابها من بعض وجوهه للوضع فى فرنسا منذ ادخال نظام ايقاف التنفيذ بقانون ٢٦ مارس سنة ١٨٩١ . فبمقتضى هذا القانون مدة الايقاف خمس سنوات ، بينما يجوز رد الاعتبار عن طريق القضاء بعد ثلاث سنوات من تنفيذ عقوبة الجنحة طبقا للمادة ٦٢٢ من قانون التحقيق الجنائى الفرنسى «٢» . فكان من الطبيعى أن يثار البحث فى فرنسا فيما اذا كان للمحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ أن يستعيد اعتباره عن طريق القضاء ، وله فى هذا مصلحة ظاهرة . وقد أثير هذا الموضوع منذ عرض مشروع قانون سنة ١٨٩١ على مجلس الشيوخ ، ولازال الفقه هناك يتناوله بالبحث الى الآن مما يدل على أن الرأى لم يستقر بعد على وضع بعد أكثر من نصف قرن على اثارة المشكلة. وفيما يلى بيان حجج القائلين بسد الطريق القضائى أمام المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ ، والرد على هذه الحجج .

٨ ـ تميز المحكوم عليه بما يقابل هذا الحرمان : (١) قيل ان الشارع ميز المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ ، فأعفاه من التنفيذ ونص على رد اعتباره بانقضاء فترة التجربة فأعفاه من اجراءات اعادة الاعتبار والتعرض لسلوكه بالبحث ، وفى هذا مايكفى «٣» .

---

(١) فيما هو أصلح من نصوصه .
(٢) تقابل المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية عندنا .
(٣) دونديه دفابر ـ المرجع السابق ـ فقرة ٩٩٨ .

وقد سبق القول ان من حق كل محكوم عليه أن يستعيد اعتباره بأحد الطريقين ، فلايحرم من أحدهما الا بنص صريح ، وهو مالم يرد فى هـذا الصدد . ثم ان ما يتميز به من اعفاء أو تقصير مدة التجربة انما يرجع الى ما رأته المحكمة من أخلاقه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التى ارتكب فيها الجريمة مما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود الى مخالفة القانون . فهـذه الميزات نتيجة لحالة المحكوم عليه السابقة على الحكم ، بينما رد الاعتبار يكون مكافأة على سلوك المحكوم عليه بعد الحكم . فلامحل اذن للخلط بين الامرين .

(ب) حجة مستخلصة من الاعمال التحضيرية للقانون الفرنسى : يطلق الفرنسيون على قانون سـنة ١٨٩١ « قانون بيرانجيـه » نسبة الى مقرر المشروع فى مجلس الشيوخ ، وقد جاء فى تقريره الى هذا المجلس ما يلى : « لاشك أن المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ سيستفيد بميزات خاصة ، فلن يكون سلوكه محل بحث أو تحقيق أو تقدير من القضاء ، ومقابل هـذا ستكون فترة التجربة خمس سنوات بدلا من ثلاث » «[1]» .

ان اعمال هذا القول معناه حرمان المحكوم عليه من حق كان مقررا له قبل قانون سنة ١٨٩١ ، وهو استعادة اعتباره بعد ثلاث سنوات ، وهـذا الحرمان لايتقرر بعبارة وردت فى الاعمال التحضيرية للقانون . واذا صح تفسير قانون سنة ١٨٩١ على ضوء التقرير المشار اليه فان هذا التقرير عينه يجيز للمحكوم عليه أن يتنازل عن وقف التنفيذ فتنفذ العقوبة عليه ويستفيد بذلك من الطريق القضائى لاستعادة اعتبـاره . ومن المسلم لدى الشراح بلا استثناء ان هذا ليس الا تعبيرا عن رأى شخصى للمقرر ، فنظام ايقاف التنفيذ مقرر لمصلحة عامة أو اجتماعية ــ هى ابعاد المحكوم عليـه الذى يرجى منه عن وسط السجون ــ وبالتـالى لايصح التنازل عنـه . ثم ان الحكم متى حاز قوة الشىء المحكوم فيه يجب تنفيذه كما صدر ولا دخل

(١) رافائيل روجيه فى مقال له عن وقف التنفيذ ورد الاعتبار ــ مجلةعلم الجنائى وقانون العقوبات سنة ١٩٠٦ ص ٥٣٨ ــ ٥٤٦

لارادة المحكوم عليه فى ذلك ، وسلطة التنفيذ لاتقبله فى محال الاعتقال الا اذا كان الحكم مشمولا بالنفاذ «١» .

فاذا كان الشراح يطرحون ماجاء على لسان المقرر مما هو فى صالح المحكوم عليه ، فلا يستساغ بعد ذلك الاخذ بما جاء بالتقرير مما هو فى غير صالحه ، فما جاء فى التقرير فى الحالتين ان هو الا تعبير عن رأى شخصى للمقرر لايعتد به بأى حال ، متى جاء مخالفا للاصول العامة فى القانون .

(جـ) حجة تتعلق ببدء احتساب المدة : تستند غالبية القائلين بسد الطريق القضائى على حجة يستخلصونها من صياغة المادة ٦٢٢ من قانون التحقيق الجنائى الفرنسى «٢» . فالمدة المشار اليها فى النص الفرنسى تبدأ من تاريخ الافراج ، وفى النص المصرى من تاريخ تنفيذ العقوبة أو صدور العفو منها . فما دامت العقوبة لم تنفذ فان مدة السنوات الثلاث لاتبدأ ، فاذا انقضت خمس سنوات على الايقاف فلا تكون ثمة فائدة من الطلب اذ يستعيد المحكوم عليه اعتباره بحكم القانون «٣» .

ان النص على أن تكون العقوبة قد نفذت تنفيذا كاملا ليس هو القاعدة لبدء احتساب المدة . فالغالب أن يكون الامر كذلك ، ولكن العقوبة قد لاتنفذ أصلا ومع ذلك يبدأ احتساب المدة ، كما هو الشأن فى حالتى العفو من العقوبة وسقوطها بمضى المدة . فالقاعدة هى أن بدء احتساب المدة هو الوقت الذى لايمكن فيه تنفيذ العقوبة سواء بتنفيذها كاملة أو بالعفو عنها أو بسقوطها بمضى المدة أو بأى سبب آخر . وعند الحكم بالايقاف يكون تنفيذ العقوبة غير ممكن فمن هذا الحكم تبدأ مدة رد الاعتبار .

---

(١) جارو ــ المرجع السابق فقرة ٧٧٦ ص ٦٥٦، دنديه دفابر فقرة ٩٩٨، فيدال ومانيول فقرة ٥٩٩ (أ) ، هامش (٢) .

(٢) وتقابل المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية عندنا .

(٣) جارو فقرة ٧٧٦ ص ٦٥٦ ، فستان هيلى ــ الطبعة الرابعة جـ ١ فقرة ١١٢٢ ص ٩٧٢ ، دنديه دفابر فقرة ٩٩٨ ، فيدال ومانيول فقرة ٥٩٩ (أ) ص ٨١٢ ، على زكى العرابى فقرة ١٠٢٨ ص ٤٧٩ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد ــ الاحكام العامة فى قانون العقوبات ص ٧٤٨ .

وهناك وجه شبه من هذه الناحية بين ايقاف التنفيذ والعفو من العقوبة ، اذ يتفقان فى اقالة المحكوم عليه من العقوبة ، ولاشك أن المحكوم عليه مع ايقـاف التنفيذ أقل خطورة ممن حكم عليـه وعفى من عقوبته ، فكيف يستعيد الثـانى اعتباره بعد ثلاث سنوات بينمـا يبقى الاول محروما من حقوقه السياسية وغيرها خمس سنوات . واذا كنا نطالب باعطاء الايقـاف حكم العفو فى هذا الصدد فان غيرنا ـ ممن يحرمون على المحكوم عليه مع الايقاف الالتجاء الى الطريق القضائى لرد الاعتبار ـ قد اعتبر الحكم الصادر بايقاف التنفيذ من قبيل رد الاعتبار قضائيا ينقلب الى رد اعتبـار قانونى بانقضاء مدة الايقاف «[1]» .

٩ ـ ايقاف التنفيذ والافراج تحت شرط : تنص المـادة ٥٣٨/٢ من قانون الاجراءات الجنائية على انه اذا كان قد أفرج عن المحكوم عليه تحت شرط ، فلا تبتـدىء المدة الا من التاريخ المقرر لانقضـاء العقوبة أو من التاريخ الذى يصبح فيه الافراج تحت شرط نهائيا . ولقد كان لهذا النص نظير فى قانون رد الاعتبار الملغى «[2]» ، مما يفيد أنه ليس لغوا أو مـن تحصيل الحاصل ، اذ أن هنـاك اتجاها فى الفقه لاحتسـاب مدة الافراج تحت شرط ضـمن المـدة اللازمة لرد الاعتبـار «[3]» ، أما المشرع المصرى فقـد آثر أن يقتـدى بالشارع الفرنسى فنص صراحة على عـدم احتساب مدة الافراج الشرطى ضمن مدة رد الاعتبار ، فلولا هـذا النص لبدأ احتساب مدة رد الاعتبـار من تاريخ الافراج الشرطى . فاذا كان من المعلوم أن الافراج الشرطى ليس انهاء للعقوبة المحكوم بها ، اذ يعد المحكوم عليه فى مرحلة من مراحل هـذه العقوبة ، فان معنى ذلك أنه ليس بشرط دائما لبدء احتساب المدة أن تكون العقوبة قد نفذت كاملة ، وانما القاعدة

---

(١) على زكى العرابى ـ المرجع السابق فقرة ١٠٤٠.

(٢) المادة الثانية « ثانيا » .

(٣) يراجع جارو المرجع السابق فقرة ٧٧٦ ص ٦٥٥ هامش ١١ . وقد أشار الى قرار فى هذا المعنى للمؤتمر الدولي الذى انعقد فى تولوز سنة ١٩٠٧

أن المدة تحتسب من تاريخ الافراج أو ما فى حكمه أو من التاريخ الذى لايمكن عنده تنفيذ العقوبة .

عنى القانون فنص صراحة على اخراج فترة الافراج الشرطى ، ولم يورد نصا من هذا القبيل بالنسبة لفترة الايقاف ، فهذه الفترة تدخل حتما فى حساب المدة اللازمة لرد الاعتبار بالطريق القضائى . فكيف لاتحتسب هذه الفترة والايقاف صادر بحكم والغاؤه لا يتأتى الا بشروط قلما تتحقق، اذ لابد من صدور حكم بالادانة على قدر من الجسامة فى واقعة أخرى ، وبناء عليه تطلب النيابة العامة الغاء الحكم الصادر بالايقاف ، والغاء هذا الحكم غير محتم على المحكمة بل هو جوازى لها . هذا مع أن الافراج تحت شرط والغاؤه يحصلان بقرار من الوزير المشرف على مصلحة السجون .

١٠ ــ استحالة الغاء الايقاف بعد رد الاعتبار : قد يعترض على رأينا بأنه قد يطرأ بعد الحكم برد الاعتبار ما يبرر الغاء الحكم الصادر بالايقاف والذى أمحى برد الاعتبار ، وبالتالى فان اجازة رد الاعتبار بالطريق القضائى ستؤدى الى تقصير المدة المنصوص عليها فى الفقرة الاولى من المادة ٥٦ من قانون العقوبات . وليس فى هذا مخالفة للقانون ، فاذا وجد تعارض بين نصين فاعمال النص الاصلح واجب بلا نزاع ، فضلا عن أن هذا النص هو الاحدث فى التقنين ، وهو نص المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية«[١]»

وعلى أية حال فهناك مقابل للفرق بين المدتين ، هو أن الطالب يتحمل اجراءات استعادة الاعتبار ويفحص سلوكه وهو ما لايحصل اذا مضت مدة الايقاف كاملة .

١١ــرد الاعتبار والعود : وما تنبغى ملاحظته أن اعمال المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية سيؤدى فى كثير من الاحوال الى تقصير مدة العود

---

(١) **قارن اتجاه محكمة النقض فيما يتعلق بتطبيق المادة ١٧ من قانون** الاجراءات الجنائية والخاصة بمدة التقادم : شرح قانون الاجراءات الجنائية ــ للمؤلف ــ الطبعة الثانية بند ٢٣

المنصوص عليها فى المادة ٤٩ «ثانيا» و «ثالثا» من قانون العقوبات . فبمقتضى المادة ٥٣٧ يجوز رد الاعتبار بحكم اذا انقضت مدة الثلاث سنوات على تنفيذ عقوبة الجنحة أو صدور العفو منها ، فاذا حصل هذا فانه يمتنع بعده اعتبار من استرد اعتباره عائدا اذا ارتكب جنحة قبل مضى خمس سنين ، بل يمتنع بعد ذلك تطبيق المواد ٥١ وما بعدها ولو توافرت شروطها . ولم يقل أحد ان النصوص الخاصة بالعود تحول دون اعادة الاعتبار بمقتضى المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية . مع أن النتيجة المترتبة على تطبيقها هنا أخطر بكثير ، فاحتمال التنفيذ بالنسبة لمحكوم عليه ، رأى القضاء من ماضيه مايقتضى معاملته معاملة خاصة ، أقل من احتمال العود الذى قد يؤدى الى تغيير نوع الجريمة من جنحة الى جناية .

١٢ ـ حكم المنطق ومقتضيات العدالة : ان حرمان المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ من الالتجاء الى الطريق القضائى لاستعادة اعتباره سيؤدى الى نتائج تنبو عن المنطق وتجافى العدالة ، اذ يكون هذا الشخص فى مركز أدنى ممن حكم عليه واستوفى عقوبته «[1]» .

وقد يحصل أن يقدم للمحاكمة شخصان عن جريمة واحدة ، فيرى القاضى من أخلاق أحدهما أو ماضيه أو سنه أو الظروف التى ارتكب فيها الجريمة مايبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود الى مخالفة القانون فيحكم عليه بالحبس ستة شهور مع ايقاف التنفيذ ، بينما لايرى ذلك بالنسبة الى زميله فيحكم عليه بنفس العقوبة ولكن بغير ايقاف ، فتكون النتيجة أن الثانى يستعيد اعتباره بعد ثلاث سنوات من تنفيذ العقوبة عليه ، بينما ينتظر الاول خمس سنوات وقد تكون له مصلحة جوهرية فى استعادة اعتباره فى خلال الفترة بين المدتين ، كما هو الشأن فى المثال موضوع التعليق «[2]» .

---

(١) جارو فقرة ٧٨٢ ص ٦٧١

(٢) روم ـ جازيت المحاكم فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ ملخص فى مجلة علم الجنائى وقانون العقوبات سنة ١٩٠٦ ص ٥٣٨ وما بعدها .

١٣ ـ محاولات الفقهاء الفرنسيين لرفع الحرج : ان الاعتبارات السابقة قد أوقعت القائلين بالرأى العكسى فى حرج ، فحاول بعضهم الخروج منه بحل رفعا للظلم البين الذى يترتب على اعمال رأيهم • فقد رأينا أن مقرر مشروع سنة ١٨٩١ يزج فى تقريره أما مجلس الشيوخ أن من حق المحكوم عليه أن يتنازل عن الايقاف المقرر لمصلحته رعاية لمصلحة أهم ، وهى استعادة الاعتبار قبل انقضاء فترة الايقاف ، وقلنا ان هذا الرأى يتعارض مع أصول فى القانون تتعلق بالنظام العام • ويرى جارو أن رفع الحرج لايتأتى الا بعفو تصدره السلطة التنفيذية عن العقوبة «١» • ولكن غالبية الفقهاء لاترى ذلك ، اذ أن العفو عبارة عن اقالة المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة ، فلا يصدر الا من عقوبة صالحة للتنفيذ • ومن الشراح من يرى أن مدة رد الاعتبار قصيرة ، لاتكفى للتيقن من أن المحكوم عليه قد انصلح حاله ، فيجب اطالتها على الاقل الى الحد المنصوص عليه بالنسبة للايقاف «٢» • وهذا الرأى لايتمشى مع الاتجاه الجديد فى الفقه والمؤتمرات الدولية من وجوب العمل على تمكين المحكوم عليه فى أسرع وقت من الاندماج ثانية فى المجتمع • ومن الشراح من يرى تقصير مدة الايقاف الى ثلاث سنوات عملا على اتساق النصوص «٣» •

١٤ ـ خلاصة : مما ينبو عن المنطق ويجافى العدالة أن ينقلب ايقاف التنفيذ وبالا على المحكوم عليه ، فيعامل فيما يتعلق برد الاعتبار معاملة أدنى مما لو صدر الحكم بغير ايقاف أو معاملة أدنى من معاملة زميله الذى حرم من الايقاف • وليس فى القانون مايمنع المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ من أن يستعيد اعتباره بالطريق القضائى قبل انقضاء فترة الايقاف • ومدة

(١) جارو فقرة ٧٧٦ ص ٦٥٦ .

(٢) رافائيل روجيه فى مقاله عن ايقاف التنفيذ ورد الاعتبار ـ مجلة علم الجنائى وقانون العقوبات سنة ١٩٠٦ ص ٥٤٤

(٣) انظر فى هذا المجلة المشار اليها سنة ١٩٠٦ ص ١٧٢

الايقاف هى فترة تجربة كافية لرد الاعتبار بحكم القانون ، فمن المعقول أن تكون ثلاث سنوات منها كافية لرد الاعتبار بحكم القضاء . أما احتساب المدة فانه يبدأ من الايقاف ، فهو بمثابة افراج أو عفو من العقوبة . ومتى كان الامر كذلك فلا تكون ثمة حاجة الى ابتداع حل لتفادى الحرج الذى يؤدى اليه الرأى العكسى .

سلطة تفتيش الاشخاص
فى الدائرة الجمركية

للدكتور محمود محمود مصطفى

١ ــ وقائع الدعوى: أسند الى المتهم أنه أحرز مادة مخدرة فى المنطقة الجمركية بالاسكندرية • وملخص وقائع الدعوى أن المتهم شوهد فى يوم الحادث بمعرفة اثنين من عساكر حرس الجمارك على رصيف الميناء حيث كانت ترسو باخرة على وشك الرحيل ، يحاول اشعار صديق مسافر بأنه قدم لوداعه • وبهذا أجاب على تساءل أحد العساكر الذى سأل بعد ذلك المتهم عما اذا كان يحمل نقودا وطلب اليه أن يخرج حافظة نقوده فأذعن للامر • وبالبحث فى الحافظة وجد بداخلها خمسة وثلاثين جنيها مصريا • وبعد هذا سئل المتهم من عسكرى آخر هل يحمل ممنوعات فأجاب بالنفى، فقال له العسكرى « أنا رايح أفتشك » ، وفعلا قام بتفتيشه من الخارج ، وأثناء ذلك شعر باللمس أن جسما صلبا بداخل الجيب الامامى لبنطلون المتهم • ويقول العسكرى أن المتهم ارتبك عندئذ فما كان من العسكرى الأأن فض هذا الشىء فتبين أنه عبارة عن ثلاث قطع من الحشيش كل منها لف فى ورقة ويزيد وزنها قليلا عن جرام • ويقول الشاهدان ان المتهم أقر عندئذ بواقعة الاحراز ، كما يشهد بذلك أحد ضباط البوليس غير من حرر المحضر اثر الحادث •

قدم المتهم للمحكمة التى أدانته بواقعة الاحراز مستندة فى ذلك الى أن قوانين الجمارك تخول رجال حرس الجمارك تفتيش من يشتبه فيه ، فاذا أسفر التفتيش عن ضبط مخدر كان الضبط صحيحا • كما استندت الى أقوال شاهدى الضبط واقرار المتهم على نفسه بالجريمة •

٢ ــ تعليق : تستند المحكمة على دليل محسوس ، هو ضبط المتهم محرزا لمخدر بمعرفة أحد عساكر الحرس الجمركى • ويكاد البحث ينحصر

فى هذا الدليل أى فيما اذا كانت قد توافرت فيه عناصر صحته التى يتطلبها القانون . فاذا ماعرف حكم القانون فى هذا الدليل سهل الحكم على باقى الادلة المقدمة .

وليس من العسير الحكم على الدليل المذكور بالرجوع الى نصوص قانون الاجراءات الجنائية ، وهى وحدها واجبة التطبيق فى هذه الدعوى . الا أنه يلزم قبل ذلك بيان ما تخوله القوانين الجمركية من اجراءات ولمن تخوله . فقد أوجدت هذه القوانين لدى البعض عقيدة مخالفة للحقيقة ، هى أنها تجيز من الاجراءات ما لايخوله القانون العام للاجراءاتالجنائية . وقد تأصلت هذه العقيدة نتيجة لما جرى عليه بعض رجال الجمارك من استباحة التفتيش بلا ضابط ، حتى أضحت المنطقة الجمركية من المناطق الرهيبة ، عندما يدخلها انسان يجرد من كل الضمانات المقررة للحرية الشخصية . وبديهى أن هذه الحال تؤدى الى ايجاد مرتع خصب لخربى الذمة ، وقد ساعد عليه ما هو مقرر من مكافآت للضابطين .

٣ ـ الجرائم الجمركية والجرائم الجنائية : الجرائم الجمركية هى حوادث الافلات بطرق غير مشروعة من دفع الرسوم الجمركية المستحقة على البضائع الواردة أو الصادرة ، وكذا حوادث مخالفة أحكام نصوص اللائحة الجمركية والقوانين المكملة المعمول بها فى شأن الاصناف الممنوع استيرادها أو تصديرها أو الخاضعة لقيود خاصة فى الاستيراد والتصدير . وهذه الجرائم ليست جنائية فلا تخضع لاحكام قانون العقوبات ، ولايسرى عليها قانون الاجراءات الجنائية . وآية ذلك :

أولا ـ أن عقوبة الجريمة الجمركية هى الغرامة والمصادرة (مادة ٣٣ فقرة أولى من اللائحة الجمركية) .وعقوبةالغرامةهنا ليستعقوبةبالمعنى المقصود فى قانون العقوبات ، لانها توقع على الشركات وهى أشخاص معنوية ، وتوقع بالتضامن (المادتان ٣٤و٣٦ من اللائحة) ، أما المصادرة فليس من المحتم أن تكون عقوبة جنائية ، فقد تكون اجراء اداريا أو اجراء

أمن تتخذه النيابة أو تقضى به المحكمة رغم البراءة أو سقوط الدعوى الجنائية (تراجع المادة ١٤ من قانون الاجراءات الجنائية) ، كما قد تحمل معنى التعويض . وتبعا لذلك فان مرتكبى الجرائم الجمركية لايحاكمون أمام المحاكم الجنائية، وانما أمام لجنة جمركية تشكل من مدير الجمرك وثلاثة إأربعة من كبار موظفى المصلحة (المادة ٣٣ فقرة أولى من اللائحة الجمركية) . وهذه اللجنة لاتصدر حكما بل قرارا اداريا محضا ، يطعن فيه أمام المحكمة التجارية ويجوز استئناف حكم هذه المحكمة (تراجع الفقرة السابعة وما بعدها من المادة ٣٣ من اللائحة الجمركية) .

على أن القوانين الجمركية تنص على تطبيق بعض الاحكام الجنائية على الجرائم الجمركية . ومن الاحكام المتعلقة بالموضوع أن الغرامة التى تحكم بها اللجنة تنفذ بطريق الاكراه البدنى (المادة ٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٠٩ بخصوص منع تهريب البضائع) . ومن الاحكام المتعلقة بالاجراءات تخويل صفة الضبطية القضائية والقبض على المتلبس وتفتيش المخازن والمساكن ، وسيرد بيانها . على أن مما ينبغى ملاحظته أنه لاتسرى على الجرائم الجمركية من الاحكام الجنائية سوى ما نص عليه صراحة ، فهى ليست جرائم جنائية .

أما الجرائم الجنائية فبعضها له صلة بوظيفة الجمارك وبعضها لاتربطه بهذه الوظيفة صلة الا أن يكون قد وقع فى منطقة الرقابة الجمركية . أما النوع الاول فمن أمثلته تهريب المواد المخدرة الى الداخل ، فهو ينطوى على جريمة جمركية هى التهرب من دفع الرسوم المستحقة لو كان الاستيراد بترخيص ، كما ينطوى على جريمة جنائية هى جلب المادة المخدرة بدون ترخيص . وكذلك استيراد الدخان المغشوش . أما النوع الثانى فمن قبيله جرائم القتل والضرب والقذف واحراز المخدرات ، فهذه جرائم عادية لاتنطوى على معنى التهريب ، ولذلك لاتسرى عليها الاجراءات الخاصة بالجرائم الجمركية ويحاكم مرتكبوها أمام المحاكم الجنائية .

٤ ـ اجراءات التفتيش والضبط الخاصة بالجرائم الجمركية : تنص المادة

السابعة من القـانون رقم ٩ لسنة ١٩٠٥ على أنه « يعتبر موظفو وعمـال الجمارك من رجال الضبطية القضائية أثناء قيامهم بتأدية وظيفتهم » . وتنص المادة الاولى من هذا القانون على أن « لموظفى وعمال الجمارك القبض على كل من يجدونه متلبسـا بفعل التهريب » . وتنص المادة ٤١ من اللائحـة الجمركية على شروط تفتيش المساكن والمخازن . وهذه النصوص قاصرة فى تطبيقها على جرائم التهريب الجمركى ، سواء كانت جرائم جمركية بحتة أو كانت تنطوى أيضا على جرائم . ولكنها بلا شبهة لاتسرى على الجرائم الجنائيـة التى لاتنطوى على معنى التهريب ، ومنها الافعـال المسندة الى المتهم فى هذه الدعوى .

٥ ــ صفة الضبطية القضائية : ويلاحظ أن المادة السابعة من القـانون رقم ٩ لسنة ١٩٠٥ خولت صفة الضبطية القضائية بشرطين :

الاول ــ أن الصفة المذكورة خولت فقط لموظفى وعمال الجمارك ، فلم تخو للغيرهم من رجال الضبط الذين تستعين بهم مصلحة الجمارك فى تأدية وظيفتها ، وهم رجال المباحث السرية الجمركية ورجال خفر السواحل ورجال البوليس . فهؤلاء لاتكون لهم صفة الضبطية الا وفقا للمادة ٢٣ من قانون الاجراءات الجنائية أو بمقتضى قانون آخر . والدليل على هذا : أولا ــ ان قوانين الجمارك تفرق بين مستخدمى وعمال الجمارك من جهة وبين رجال الضبط والربط المنوطين بالمراقبة الجمركية من جهة أخرى «[1]» (يراجع مثلا نص المادة الاولى من القانون رقم ٣ بشأن منع التهريب الذى يقع بواسطة مستخدمى الجمارك الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٠٣) . وثانيا ــ أن اختصاص الضبطية القضائية خول بسبب الجرائم الجمركية التى تتكشف أثناء قيـام الموظف بوظيفته ، ولا اختصاص لرجال الضبط فى جرد حقائب المسافرين أو تسلم البضائع الواردة وما الى ذلك فكلها أعمال تناط بموظفى وعمال الجمارك . فرجال الضبط يمثلون فقط القوة العسكرية التى يستعين بهـا

---

(١) وقد صدر اخيرا قانون اعتبر بمقتضاه من مأمورى الضبط القضائى ضباط وضباط صف مصلحة خفر السواحل وحرس الجمارك والمصايد .

مأمور الضبط القضائى فى حالة قيامه بواجبه ، وهو ما نصت عليه المادة ٦٠ من قانون الاجراءات الجنائية .

الثانى — لموظفى وعمال الجمارك اختصاص الضبطية القضائيـة فيما يكتشفونه من جرائم جمركية أو جنائية أثناء تأدية وظائفهم ، فاذا لم تـكن للجريمة الجنائية علاقة بعملهم فلا اختصاص لهم ، شأنهم فى ذلك شأن كل مأمور من ذوى الاختصاص الخاص .

يستخرج من هذا أن عسـاكر حرس الجمارك لايعتبرون من مأمورى الضبط القضائى وفقا لاى قانون،فهم من رجال السلطةالعامة لايخولون من الاختصـاص الا مانصت عليـه المـادتان ٣٧و٣٨ مـن قانون الاجراءات الجنائيـة .

ولم يفت مصلحة الجمارك هذه الحقيقة ، ففى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٨ اجتمعت لجنة برئاسة المدير العام للجمارك وعضوية كبير مفتشى الجمارك ومدير ادارة حرس الجمارك ومفتش بوليس الميناء ومساعد مفتش بوليس الميناء ومدير ادارة المباحث السرية بالجمارك . وقررت اللجنة فيما قررت أنه « ليس لمخبرى المباحث السرية من الجمارك أو غيرها من سلطات الميناء أن يقوموا بتفتيش الاشخاص فى الدائرة الجمركية . وعند الاشتباه يمكن استصحاب الاشخاص الى أقرب نقطة بوليس أو قسم حرس جمركى ليقوم بالتفتيش ضابط مسئول » .

٦ — اختصاص رجال السلطة العامة : تنص المـادة ٣٨ مـن قانون الاجراءات الجنائية على أن « لرجال السلطة العامة ، فى الجنح المتلبس بها التى يجوز الحكم فيهـا بالحبس أن يحضروا المتهم ويسلموه الى أقـرب مأمور من مأمورى الضبط القضائى . ولهم ذلك أيضا فى الجرائم الاخرى المتلبس بها اذا لم يمكن معرفة شخصية المتهم » . وبمقتضى المادة ٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية يجوز لرجال السلطة العامة مايجوز للافراد من أنه « لكل من شاهد الجانى متلبسـا بجناية أو بجنحة يجوز فيهـا قانونا

الحبس الاحتياطى أن يسلمه الى أقرب رجال السلطة العــامة دون احتياج الى أمر بضبطه » •

فاذا قامت حالة التلبس قانونا فلا يجوز لرجل السلطــة سوى تسليم المتلبس لمأمور الضبط القضائى • ومما تنبغى ملاحظته أنه لايجوز لهــذا الاخير أن يبــاشر الاختصاص المخول له فى القــانون فى حالات التلبس ، فمباشرة هــذا الاختصاص مشروط بمشاهدته بنفســه الجريمة فى احدى حالات التلبس ، اذ لايكفى أن يكون المأمور قد تلقى نبأ التلبس عن طريق الروايةعمن شاهده (نقض ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية جـ ٦ رقم ٢٥٧ ص ٣٣٣) • أما المادة المخدرة التى يحملها رجل السلطة الى مأمور الضبط القضائى فلاتعتبر أثرا من آثار الجريمة تكفى لجعل حالة التلبس قائمة ، لان الآثار التى يمكن اتخاذها أمارة على قيام حالة التلبس انمــا هى الآثار التى تنبىء بنفسها عن أنها من مخلفــات الجريمة ، والتى لاتحتاج فى الانباء عن ذلك الى شهادة الشهود (نقض ٢٧ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ٣٨١ ص ٤٨٢) • وبناء عليه لايجوز لمأمور الضبط القضــائى فى مثل هذه الحالة أن يبــاشر اجراء القبض أو التفتيش الا بمقتضى المواد ٣٤و٤٦و٤٨و٤٩ من قانون الاجراءات الجنائية•

٧ ــ ما يترتب على قيام التلبس قانونا : اذا كان التلبس صحيحا لايترتب عليه فقط ما تنص عليه المادتان ٣٧و٣٨ من قانون الاجراءات الجنائية ، بل ينبنى عليــه أيضا صحة الاستدلال بضبط المخدر والاستشهاد بأقوال من شاهد حالة التلبس ، كما أن حالة التلبس توفر شرط الدلائل الكافية على الاتهام فيجوز القبض على المتهم اذا كانت الجريمة من الجرائم الواردة فى المادة ٣٤ ، ويجوز عندئذ تفتيش المتهم وفقا للمادة ٤٦ • أما اذا كان التلبس قائما فعلا لا قانونا فأنه لايجيز كل ذلك ، فلايجوز الاعتداد بضبط المخدر لدى المتهم (نقض ١٠ يناير سنــة ١٩٤٩ المحاماه س ٣٠ رقم ١٨ ص ١٤ ، مجموعة القواعد القانونيــة جـ ٧ رقم ٨٨٧ ص ٧٥٠) ، ولا يصح بالتالى الاعتماد على شــهادة من أجروه ولا على ما أثبتوه فى المحضر مــن أقوال

واعترافات مقول بحصولها أمامهم من المتهم ، لان مثل هذه الشهادة تتضمن فى الواقع اخبـــارا منهم عن أمر ارتكبوه مخالفـا للقانون (نقض ١١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القـانونية جـ ٢ رقم ٢٦٦ ص ٣٥٦ ، ١٢ مارس سنة ١٩٣٤ رقم ٢١٩ ص ٢٩٠ ، ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض ــ السنة الثانية رقم ٩٧ ص ٢٥٥) .

٨ ــ قيام التلبس قانونا : مــن المسلم أن التلبس لايقوم قانونا الا اذا كشفت عنه اجراءات باطلة . فهل كانت اجراءات رجال السلطة العــامة فى هذه الدعوى مشروعة بحيث تكون مشاهدتهم لواقعــة الاحراز صحيحة ؟ يقول المتهم أنه ذهب الى الميناء قبيل الساعة الرابعة من مساء يوم ١٦ أغسطس سنة ١٩٥٢ لتوديع صديقه المسافر على الباخرة الخديوى اسماعيل ، فوقف بعيدا عن نطاق الحاجز المضروب على مرسى الباخرة يحاول اشعار المســافر بقدومه والباخرة على وشك الرحيل . ويقول عساكر الحرس !ن المتهم كان يحاول الصعود على سلم الباخرة فسأله أحدهم هل يحمل نقودا وطلب منه أن يخرج حافظــة نقوده فأخرجها ووجد فيها مبلغ ٣٥ ج م أصبحت فيما بعــد ٣٦ .

لاشبهة فى أن رجال الحرس قد اتجه ذهنهم فى أول الامر الى احتمال توافر جريمة من جرائم تهريب النقــد ، وهى الجرائم المنصوص عليهــا فى المادتين الاولى والثانية من القانون رقم ١٥٧ الصادر فى ١٣ سبتمبر ســنة ١٩٥٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ ، والمعاقب عليهــا بمقتضى المادة التاسعة من القانون المذكور . وثابت من الوقائع أن المتهم لم يهرب نقدا أو يحاول تهريبه ، فلم يضبط متلبسا بأية جريمة ، الا أن يقال أن محاولة الصعود الى الباخرة هى محاولة للتهريب .

وبديهى أنه لايرتكب جريمة بحمله مبلغا يزيد على عشرين جنيها ، فهذه جريمة لايرتكبها الا المسافر القادم الى مصر أو الخارج منها (تراجع المادة ١٦ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ والمادة السادسة من قرار وزير المالية رقم ٥١ لسنة ١٩٤٧ معدلة بالقرار رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٤٩) .

فاذا كان رجال حرس الجمارك يعلمون تماما أن المتهم لم يكن مسافرا فانه من الغرابة أن يأمروه باخراج حافظة نقوده لمعرفة ما بها ، الا أن يكون التفتيش قد قصد به التوقى من جريمة قد تقع أو البحث عن أية جريمة، وهو ما لم يقل به أحد . ومع ذلك فقد تبين أن المتهم لا يحمل فى حافظة نقوده شيئا من الممنوعات ، فكان المعقول أن تسلم له حاجياته وينتهى الامر عند هذا الحد .

٩ ـ ضبط المادة المخدرة : لا يقوم التلبس قانونا ولا يرتب آثاره الا اذا كانت حالة التلبس قد انكشفت لمن شاهدها وهو يباشر عمله فى حدود القانون ، وهو مبدأ جرى عليه قضاء النقض باطراد . فيكون التلبس باحراز المادة المخدرة صحيحا اذا شوهدت المادة بحاسة البصر أو الشم ، والثابت فى هذه الدعوى أن أحدا من رجال السلطة لم يبصر أو يشم المادة التى يحملها المتهم . كما يصح التلبس لو تخلى المتهم بارادته عن المادة المخدرة فتصبح فى غير حيازته ويجوز لرجال السلطة التحرى عن حقيقتها . والثابت فى هذه الدعوى أن الضبط كان نتيجة لتفتيش شخص المتهم فهل يحق لرجال السلطة العامة تفتيش المتهم وفى أى الاحوال ؟ . ان تفتيش الشخص جائز لما كان القبض عليه جائزا (المادة ٤٦ من قانون الاجراءات الجنائية) . ومن المعلوم أن رجال السلطة العامة من غير مأمورى الضبط القضائى لا يباشرون سلطة القبض على الاطلاق . فهم لا يملكون تفتيش الشخص الا برضائه . وهاتان المسألتان فى حاجة الى ايضاح .

١٠ ـ يجوز تفتيش الشخص حين يجوز القبض عليه : وشروط القبض فى مرحلة الاستدلال مبينة فى المادة ٣٤ من قانون الاجراءات الجنائية ، وهذه المادة تجيز القبض بالشروط الآتية :

أولا ـ أن توجد دلائل كافية على الاتهام بجريمة معينة : والثابت فى أوراق الدعوى أنه لم توجد أية دلائل على الاتهام بجريمة معينة أو غير

معينة . فالدلائل تستنتج من التحريات ولا يكفى فى ذلك مجرد بلاغ على الاتهام بجريمة معينة أو غير معينة . بل يجب أن تسبقه تحريات عما اشتمل عليه البلاغ ، فاذا أسفرت عن توافر دلائل قوية على نسبة التهمة الى شخص معين جاز القبض عليه (يراجع على سبيل المثال : نقض ٢٤ ابريل سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ رقم ٨٠٢ ص ٧٦١ ، ١٥ ابريل سنة ١٩٥٢ القضية رقم ١١٧٧ س ٢١ القضائية) .

وفى هذه الدعوى لاتوجد تحريات بالمعنى السابق بيانه ، وكل ما ورد فى قول لاحد الشهود أنه سأل المتهم عما اذا كان يحمل ممنوعات فأجاب بالنفى ونسب اليه الشاهد أنه ارتبك ، وبديهى أن هذا لايوفر الشرط المطلوب . ثم أن شرط الدلائل الكافية لايتوافر الا اذا دلت على الاتهام بجريمة معينة ، ومن الثابت أن رجال السلطة كانوا يبحثون عن جريمة لم تكتشف بعد .

ثانيا — يجب أن تكون الجريمة من بين الجرائم الواردة فى المادة ٣٤ سالفة الذكر . واذا كانت جرائم المخدرات من بين هذه الجرائم الا أن رجال السلطة لايزعمون أنه كانت لديهم دلائل كافية على اتهام المتهم بجريمة احراز المادة المخدرة ، فالتحريات عن هذه الجريمة لاتبدأ الا بالعلم بأن شخصا يتجر أو يحوز مادة مخدرة ، والثابت أن المتهم لم يكن معروفا لاحد من رجال السلطة العامة وبالتالى لم يشتهر عنه لديهم أنه من المتجرين أو المحرزين للمواد المخدرة . ولو سلمنا جدلا أنه توجد دلائل كافية على جريمة التهريب الجمركى ، وهو ما اتجه اليه تفكير رجال السلطة العامة ، فان هذه الجرائم ليست من بين الجرائم الواردة فى المادة ٣٤ ، فالدلائل الكافية عليها لاتجيز القبض على المتهم وبالتالى لاتجيز تفتيشه .

ثالثا — يشترط أن يجرى القبض بمعرفة مأمور الضبط القضائى المختص من حيث المكان . وقد بينا أن من أجرى التفتيش ليس من رجال الضبط القضائى .

١١ ــ رضاء المتهم بالتفتيش : لاسبيل بعد ذلك الى تصحيح التفتيش والضبط الا اذا ثبت أن المتهم قد رضى بهما رضاء صحيحا .

من الشراح من يرى بحق أن الضمانات المقررة لحريات الافراد لم تقرر لمصلحة خاصة ، بل لمصلحة عامة هى حماية الحرية الشخصية ، وهى أثمن ما يحرص عليه أفراد أى مجتمع . وبهذا تتعلق هذه الضمانات بالنظام العام ويكون تخلى الفرد عنها غير جائز (فستان هيلى جـ ٢ رقم ١٦١٠) ، وبهذا قضت بعض الاحكام (السين ١٤ يونيه سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ ــ ٢ ــ ٤٤) . وهذا الرأى كان أولى بالقول به عندنا ، وحيث المشاهد أن قلة ضئيلة من المصريين تعرف ما يقرره لها القانون من ضمانات . ومن هذه القلة فئة اعتادت الاجرام فعرفت كيف تستغل هذه الضمانات فى الافلات من العدالة ، فلو أن أحدا من هذه الفئة صادف رجال السلطة العامة لعرف كيف يظهر عدم قيام الرضاء لديه ولبطل الضبط بغير شبهة .

ومع ذلك فقد جرى القضاء المصرى على أن للفرد أن ينزل بمحض ارادته عن القيود والضمانات التى فرضها القانون لكفالة حريته الشخصية . ولكن لم يفته الانتقادات الموجهة الى هذا الرأى ، وآية ذلك الشروط الدقيقة التى استلزمها لصحة هذا الرضاء وترتيب آثاره . فالرضاء يجب أن يكون صريحا لا لبس فيه ، حاصلا قبل التفتيش وعن علم بظروفه ، فلا يستنتج من مجرد السكوت ، اذ من الجائز أن يكون منبعثا عن الخوف والاستسلام ، فاستناد محكمة الموضوع الى هذا الرضاء الضمنى لايصح (نقض ١١ يونيه سنة ١٩٣٤ ، ١٥ ابريل سنة ١٩٣٥ ، ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ ، ٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ الارقام ٢٦٦ و٣٦١ و٣٩٣ و٤٦٥ و٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٢ جـ ٦ رقم ٤٩ ص ٧٠) . وفى فرنسا يستلزمون أن يكون الرضاء ثابتا فى محضر التحقيق وأن يوقع على حصوله ممن يجرى التفتيش لديه . وبديهى أن هذا التدوين يجب أن يكون سابقا على عملية التفتيش ، فهذا شرط لازم لاستكمال عناصر العلم بظروف التفتيش . ومن المقرر فقها وقضاء أن بطلان التفتيش لايزول

بالرضاء ولو كان صريحا اذا كان من حصل التفتيش لديه لايعلم قبيل اجرائه بأن من يباشره لاحق له قانونا فى ذلك (نقض ١١ نوفمبر سنة١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية جـ٧ رقم ٢٢١ ص ٢٠٥ ، ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام محكمة النقض ـ السنة الثالثة رقم ١٣٠ ص ٣٣٨ ، نقض فرنسى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيرى ١٩٣٠ ـ ١ ـ ٢٣٦، ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٥ جازيت ٢٤ ينـاير سنة ١٩٣٦) . ولمـا كان التفتيش من اجراءات التحقيق فلا يملكه الا من يخوله القانون مباشرة التحقيق وان صح تنفيذه بمعرفة احد رجال السلطة تحت مراقبة واشراف من يملك اجراءه . وينبنى على هذا أن الرضاء لايصحح التفتيش الذى يجريه من لايخوله القـانون فى الاصل اجراءه ، فيجب لصحته عندئذ أن يكون مجريه من رجال الضبط القضائى على الاقل .

فهل توافرت هـذه الشروط جميعا حتى يقـال ان المتهم قـد رضى بالتفتيش ؟ . ان وقائع الدعوى ناطقة بأن شرطا منها لم يتوافر .

ورد فى محضر البـوليس على لسـان المتهم عبـارة « طلب تفتيشى بالقوة وأخيرا سمحت له » ، وجاء فى أقوال الامبـاشى ... أمام النيـابة ما يأتى « فقال له زميلى أنا رايح أفتشك فقال له فتش .... الخ » و ان هذه العبارات تدل بوضوح على أن الرضاء كان معيبا ، فقد حصل تحت تأثير التهـديد ، فما كان أمام المتهم الا أن يرضى فرضاؤه وعدمه سـواء والتفتيش كان سيقع حتما ، بل ان المتهم لو ألقى بالمخدر تحت تأثير تفتيشه لما صح الاستناد عليه بهذا ، اذ التخلى ما كان ليحصل لولا محاولة التفتيش بغير وجه حق ، وعلى هـذا أحكام النقض (نقض ١٣ ينـاير سنة ١٩٤١ ؛ ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ١٨٥ ورقم ١٩٤ ، ٣ ابريل ١٩٤٤ جـ ٦ رقم ٣٢٦ ص٤٥١) . ومما ينبغى ملاحظته أنه من غير المتصور أن يرضى المتهم بالتفتيش وهو يعلم أن نتيجته ضبط مخدر يحمله . واذا سلم برضائه ، فالظاهر من أقوال من فتشه أن الرضاء كان منصرفا الى التفتيش الخـارجى ، فلم يدر بخلد المتهم أن يأذن البـوليس فى تفتيش

محتويات جيوبه ، وهذا واضح من أقوال من فتشه فى محضر البوليس ، فقد جاء بها ما يلى « أنا فتشته فى الخارج على جسمه ولما جاءت يدى على جيب بنطلونه الصغير الامامى الايمن شعرت بوجود شىء صلب به فطلبت منه أن يعرفنى عما بداخله فارتبك وارتعش ولم يرد على فأنا تأكدت أن يكون شىء ممنوع فوضعت يدى فى الجيب وأخرجت ثلاث ورقات .. الخ» . وظاهر بوضوح أن المتهم لم يأذن العسكرى بفض مايحتويه جيبه ورفض أن يفضه بنفسه .

وقد يقال ان مشاهدة الجسم الصلب بحاسة اللمس يعتبر تلبسا . وقد أجابت عن هذا محكمة النقض فى أحكام عديدة ، فاذا كان رجل البوليس قد شاهد شيئا لم يتحقق كنهه ، بل ظنه استنتاجا من الظروف أنه من الممنوعات فان حالة التلبس لاتكون قائمة (نقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ ، ١٠ يناير سنة ١٩٤٩ ، ١٦ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ رقم ٤٥٣و٤٥٥و٧٨٧ و٩٠٨ ، ٢٣ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام محكمة النقض ـ السنة الثانية رقم ٣٧٤) . فكل مايمكن أن يتوافر هو قرائن قوية على الاتهام تجيز القبض فالتفتيش اذا توافرت شروط المادة ٣٤ من قانون الاجراءات الجنائية ، وهى لاتجيز ذلك لعدم الدلالة على جريمة معينة ولان من أجرى التفتيش ليس من مأمورى الضبط القضائى .

ومما لانزاع فيه أن المتهم لو فرض أنه رضى بالتفتيش فانه لم يكن يعلم بأن من يباشره لاحق له قانونا فى ذلك ، وعذره واضح فيما جرى عليه العرف فى المنطقة الجمركية من استباحة اهدار الضمانات المقررة للحرية الشخصية .

١٢ ــ ما يترتب على بطلان التفتيش : متى كان ذلك فان ضبط المخدر يكون باطلا ، ولايجوز الاستناد عليه قبل المتهم ؛ ولاعلى شهادة من أجروه سواء تعلقت بالضبط أو باعتراف مقول بحصوله أمامهم من المتهم ، لان مثل هذه الشهادة تتضمن فى الواقع اخبارا منهم عن أمر ارتكبوه مخالفا للقانون

(نقض ١٢ مارس سنة ١٩٣٤ ، ١١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ٢١٩و٢٦٦ ، ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض ـ السنة الثانية رقم ٩٧ ص ٢٥٥) .

وقد نسب العساكر وأحد الضباط الى المتهم أنه أقر بحيازته للمخدر وقت ضبطه . واذا فرض أن كان ذلك صحيحا فان هذا الاقرار عديم القيمة فى الاثبات . وبيان هذا أنه فى محضر البوليس الذى فتح بعد الضبط بدقائق أنكر المتهم واقعة الاحراز وبالتالى اقراره على نفسه بها . بل لو أنه اعترف أمام البوليس وأنكر أمام النيابة لما كان اقراره صالحا للاستناد اليه فى ادانته كدليل مستقل عن الضبط الباطل .

فالاقرار لايصلح دليلا مستقلا اذا كان نتيجة حتمية للتفتيش ومجابهة المتهم بضبط المخدر ، فعندئذ يكون المتهم فى حالة نفسية لا يستطيع معها أن يختار سوى الاقرار . أما اذا صدر الاقرار من المتهم بعد ضبط المخدر عنده بمدة من الزمن أو أمام سلطة غير التى باشرت اجراء التفتيش وضبطت المخدر ، أو فى ظروف أخرى يصح معها القول بأن الاعتراف قد صدر مستقلا عن التفتيش ولا اتصال له به ، وأن المتهم حين اعترف انما أراد الاعتراف ، فعندئذ يكون لمحكمة الموضوع أن تطرح التفتيش والضبط الباطلين وأن تأخذ فى ذات الوقت بالاعتراف الصادر من المتهم باحرازه المادة التى أسفر عنها التفتيش الباطل (نقض ٢٩مارس ١٩٤٣،٢٠ نوفمبر ١٩٤٤ ، ٢٩ اكتوبر ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية جـ ٦ الارقام ١٤٨ ، ٤٠٦ ، ٦٣٠ ، ١٧ يناير ١٩٤٩ جـ ٧ رقم ٧٩٣ ، ٢٢نوفمبر١٩٤٩ ، ١٩ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، ٢٧ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١١ الارقام ٣٧و٦٣و١٥٤) .

regime should be given a chance to see daylight. We must take the plunge in the field of industrialisation even if it is only a bolt in the blue, for the simple reason that it is the only alternative open to us. We can't just sit back and watch our standard of living being gradually lowered through our inactivity without doing anything about it. I readily concede the existence of numerous obstacles which stand in the way of industrial development but we must remember that all industrial countries had to overcome much more serious obstacles. Countries which now have the highest technique of production started their journey along the arduous road to industdial greatness very poorly equipped.It is not so long ago that water had to be removed from coalmines by means of buckets carried by women and children. Frequent flooding, explosions and appaling working conditions were part of the price of progress. In short it is not long since the most rudimentary methods were used in industry everywhere. We are much more fortunate in not having to travel along the same arduous road but along a road which has already been paved by the valuable experience of others. Let us turn our back to the Malthusian spectre and forge ahead along the road to industrial greatness.

ownership of land to 200 acres will release a good deal of capital which has so far been tied in speculation on land values. The closing down of the cotton futures market which I pleaded for, from this and other platforms last year, will also release substantial capital previously engaged in speculation on cotton prices. This capital must be encouraged by all possible means to seek gainful occupation in industry. Dispossessed landowners who are to be compensated for their property must somehow be made to realise that shares in new industrial companies would be a much better form of investment than government bonds bearing 3% interest and with restricted circulation and distant maturity. If some 200 million pounds worth of long term bonds which can only be sold to Egyptians are unleashed on a small security market such as ours, the extent of the resulting slump can hardly be foreseen. A little thought will show that such plethora of bonds coupled with a restricted demand will do everything short of dissipating their value. Industrial shares on the other hand would not only be backed by production but would also have a wider appeal owing to their greater variety and freer circulation. Since buyers of expropriated land are to pay the price over a period of thrity years which is the same period allowed for the amortisation of the compensation bonds, some six or seven million pounds will be paid annually to ex-landowners. Some method must be devised to direct this money, at least, into industrial channels in an attempt to form a healthy blend between Egyptian and foreign capital. A more ambitious scheme would be to persuade banks to finance the period of waiting by taking up the bonds of those landowners who are willing to acquire new industrial shares instead. I would suggest further that a team of United Nations or « point four » experts be invited to survey our industrial potentialities and submit concrete proposals as to the type of industry which could be set up immediatly. This would not only ensure that industry develops along the right lines but would also inspire confidence and make new company promotion easier. In addition to that, development schemes which have been under consideration for a considerable time such as the utilisation of the rich iron deposits of the Asswan area, the Wadi-Rayan project, the Kattara Depression project for the production of hydro-electric power which have all been held up by the clogged government machine of the old

pace but on the whole they had to go through very much the same stages. Countries which can now afford to have comprehensive social security schemes, old age pensions and free medical treatment have been through stages of rugged individualism where the weak and unfortunate had to be ruthlessly weeded out and only the fittest allowed to survive. The order of the day, at that stage, was the increase in production and national wealth at all costs. Having built up their industrial greatness they could afford the luxury of issuing free gifts to the unfortunate members of their communities. Here in Egypt we recently embarked on a social security programme which could be ill-afforded and for which the people were not mentally prepared and which, in any case could do very little to raise the standard of living of the masses. It would be a very good thing indeed if this creature which was born in the wrong environment was cut out immediately instead of being allowed to die a natural death. There is no doubt that public funds could, at our present stage of economic development, be put to much better use.

Ladies and Gentlemen,

My analysis leads to the inevitable conclusion that Egypt's fate is bound up with industrial development, which could be accelerated by making better use of international cooperation in the field of capital investment. France, one of the four big powers, which is no doubt much richer and much more highly developed economically than Egypt, could not solve its economic problems, by depending exclusively on its own resources. Its factories its public utilities and its roads are being built or reconstructed by American capital. The same applies to Holland, Belgium, Italy and Western Germany. If we elect to take a different course we ought to know that it is not the one that leads to a higher standard of living. Our agricultural expansion is bound to be slow, and no effort of body or mind can make it keep pace with a population growing at a rate such as ours. Without altogether neglecting land reclamation projects which are always useful we must make an all out effort to increase industrial production. I know that many people suggested this course of action before but I find it worth repeating because the present time seems to provide a unique opportunity which must not be allowed to slip by. The Agricultural Reform Act which limited

creative factor of production. Land, labour and capital, all have to be harnessed into production by his will and determination to make a success of his enterprise. The fact that economists have until quite recently overlooked this factor and considered land, labour and capital as the only agents of production does not detract from its importance. The reason why they did not focus their attention on the entrepreneur as an independent factor is to be found in the fact that in the earlier stages of the industrial revolution his personality was almost indistinguishable from that of the capitalist. In most cases one person played the dual role of capitalist and entrepreneur and this incidentally caused a great confusion in economic thought between interest and profits. Nowadays with the growth of the size of the business unit and the splitting up of capital into small shares subscribed for by a large number of individual savers the personality of the entreneur stood out clearly as distinct from that of the capitalist. When capital migrates to a foreign country, however , it usually takes entrepreneurial ability with it. Few people would wish to invest their capital in a foreign country unless control of their funds was vested in the hands of someone they know and trust. This is yet another reason why I favour the encouragement of a free flow of foreign capital into Egypt. With foreign capital comes technical skill and above all entrepreneurial ability which I repeat is our scarcest factor. If we manage to solve the problem of shortage of entrepreneurs whether by a new orientation of our educational system or by easing patrenal legislation which limits freedom of enterprise or by making better use of opportunities of international cooperation or by all these methods combined, we would have solved the problems of inefficient utilisation of our resources and wastage of other factors of production. For these are really entrepreneurial problems and not merely problems which can be solved by issuing rules and regulations or any amount of planning.

Mr. Chairman, Ladies and Gentlemen.

Countries are like living organisms in that they have to pass through certain stages of evolution before they reach maturity. This is particularly true of the various stages of economic development. It is true that some countries have been more fortunate than others in reaching economic maturity at a quicker

happened that the Americans had at the time more experience than the English in the utility and functioning of underground railways and could therefore show more enthusiasm towards investing their surplus capital in such schemes. Moreover, there are at present certain fields of investment which do not attract individual savers whatever their means, temperament, experience or nationality may be. Oil prospecting is a case in point. Although in its earlier stages, this industry attracted all sorts of enterprisers who fancied making a quick fortune, nowadays it can only rely on capital emanating from oil companies which are firmly established and who consider new prospecting no matter how uncertain as a normal course of development and a part of their general activity. Oil companies are known to have lost enormous capital in fruitless search for new supplies of oil without being deterred from embarking on new prospecting. Individual capital on the other hand, fights shy of such speculative ventures. To put it briefly capital specialises in certain fields just as much as labour does and it would be best to let foreign capital flow into those channels in which it has specialised and which will not for a long time to come attract Egyptian capital. The alteration of the obstructive article of the present comany law which stipulates the allocaton of 51% of the capital of joint stock companies to Egyptians would undoubtedly help remove the greatest obstacle in the way of a free influx of foreign capital into Egypt. Fortunatley such an alteration is now imminent.

With regard to the fourth factor of production, that is entrepreneurial ability, here in Egypt we have neither quantity nor quality. I really believe that this is the biggest obstacle in the way of industrial development. Egypt's main production problem is not so much one of shortage of land or capital as one of shortage of entrepreneurs. This shortage is due in large measure to the type of paternal economy which has for some time been a characteristic of Egypt and which has turned the government into the biggest entrepreneur and made people expect it to do everything. I would like to say here and now, that governments wil never replace individuals as entrepreneurs. The individual entrepreneur who has vision, imagination and enough courage to embark on risky enterprise is undoubtedly the most important factor of production. He is the driving force behind enterprise and may even be considered as the only positive and

pital invited to participate in utilising our resources and building up our industry. I think we had better be employed in finding ways and means of coaxing foreign capital to come to Egypt than laying down rules and regulations for frightening it away from our country. Lest I should be accused of having given too much prominence to the question of encouraging a free flow of foreign capital without having given sufficient consideration to the possibilities of investing local capital in development schemes I am now going to consider a different aspect of the problem. Drawing a paralellism from my treatment of labour as a factor of production I shall call it the qualitative aspect of capital. We have seen that the abundance of labour in Egypt from the purely quantitative point of view did not prevent the shortage of labour of a certain quality. Similarly, the abundance of capital in Egypt — if this assumption be allowed — does not neccesarily mean that it will flow into the appropriate channels. Egyptian capital may be available for investment in real estate but may not be attracted to such fields as oil prospecting, mining, iron and steel and other ventures which are absolutely necessary to sound industrial developmen. The problem of the uneven flow of capital in alternative fields or equal goodness is not peculiar to Egypt but is really universal. Owners of capital all over the world respond to invitations to invest in enterprises with which they are familiar far more readily than they do to similar invitations to invest in fields which appear to them as speculative and uncertain. Differences in national characteristics, temparements and experience account for such preferences. To the average Englishman investment in shipping, banking, insurance and retailing almost always appear as sound propositions. The average Swiss, being so familiar with hotel-keeping will not hesitate to invest his capital in such enterprise even in foreign countries. Belgian capitalists show a strong preference for electrical and engineering enterprise and so on. A survey of capital investment in Egypt over the last fifty years or so will definitely reveal that foreign capital follows its home patterns. There are also cases of countries which, though consistently exporting capital abroad on a very large scale, had to rely on foreign capital for certain development schemes. American capital participated in the construction of the London underground railway, although at that time British capital was flowing all over the world. It just

pital. Does Egypt suffer from shortage of capital? If by capital we simply mean liquid funds seeking investment there is no apparent shortage. The ease with which companies have been promoted in the post-war era and the speed with which government loans have been covered bears testimony to the fact that capital has not been lacking.But the availability of liquid funds of an inconvertible currency can do little towards industrial devlopment if local resources do not permit of such development. Assuming that the will to invest exists among Egyptian owners of capital, which is quite problematical, large scale investment will either cause an inflationary straining of local resources or a large balance of payments deficit if too much dependence is placed on the importation of fuel, machinery equipment and technical skill from abroad. If, however, foreign capital (and I refer particularly to American capital) participates in industrial development such problems will not arise. The problem of the effect on the balance of payments of remitting dividends earned by foreign capital in Egypt is infinitely easier owing on the one hand to its smaller magnitude and on the other hand to the fact that the increase in the national income resulting from a greater volume of investment will make such remittance possible. The investment of foreign capital in Egypt would either increase our exporting capacity or help produce goods previously imported from abroad. In both cases the favourable effect on the balance of payments will at least partly offset the loss due to remitting foreign dividends. The oft-repeated argument that foreign capital may have a stranglehold on our national economy if it were encouraged to flow freely into Egypt is quite false. What on earth can be the difference between importing foreign capital and importing foreign durable goods ? Would it not be in our interests to encourage foreign capital to help produce in Egypt some of the goods we have been buying from abroad, thus providing employment for our workers and increasing our economic activity in general? The truth about this argument is that Egypt's bad experience of the days of the « Caisse de la Dette » which is closely associated with foreign borrowing has created a strong and indisriminate aversion to foreign capital in the minds of many Egyptians. It is time we realised the difference between money borrowed from abroad to be squandered by an oriental despot and ca-

try to scientific research and no doubt helped to strengthen the links between industry and education.

With regard to the second factor of production, that is natural resources, the problem of improving the quality of some of our barren tracts of land and intensifying the utilisation of our mineral resources should take the place of fretting over the quantitative shortage of arable land and the cries for birth control and emigration. One reads with immense satisfaction about the good work being done in the Western Desert by Point Four technical experts in collaboration with army authorities to create experimental ranches. The success of such work which is now considered a certainty will be the signal for private enterprise to follow suit. Private enterprise both Egyptian and foreign must be given every encourgement to turn part of Egypt's deserts into fields, orchards, and pastures. If we realise that large expanses of land cultivated by the Romans are now lying derelict we shall be more inclined to regard our problem as one of utilisation and not just irremediable shortage of land. The Sinai Peninsula is also a place where, labour, capital and entrepreneurial ability can work woundears. We learn from scientific expeditions which made geological surveys of the area that it offers prospects of both agricultural and industrial development. The reason why such development has not so far taken place is quite simple. Feudal landlords who were always well represented in the Governments of the old regime were not only disinterested in such development but actively opposed well worked out schemes and dismissed them as impracticable. Any increase in the area under cultivation on a large scale was bound to reduce the relative scarcity of land and decrease its value while putting a premium on the service of labour, hence the opposition of big landlords. Fortunately, Egypt in her New Era is not governed by selfish sectional interests but by people who put their country's interests above all other considerations. That is why one has faith now in development schemes which were made to look fantastic only a few months ago. With regard to the utilisation of the mineral resources of Sinai, the Red Sea Coast, Asswan and other areas of Egypt capital was too busy speculating on land values and cotton futures to seek gainful occupation in such fields of interprise. This brings me to the third factor of production, that is ca-

ry and intermediate levels has for sometime been a black spot in our educational system. Its curricula and methods have been faulty and its message completely misunderstood. Instead of creating a class of skilled mechanics and craftsmen who would either set up small workshops on their own or be employed as skilled workers in factories, it has been turning out a group of gentlemen with super hypersensitivity to the wearing of an overall or doing any kind of manual work which according to them should be done by people who had never been to school. In order to keep up appearances they seek work in Government Departments of a technical nature such as the Egyptian State Railways, The Telephone and Telegraph Administration or the Ministry of Communications not as technicians but as what we may call « clerks in technical offices ». A survey of officials in such Departments will reveal the existence of hundreds of so-called technicians who do nothing but clerical work. A few days ago a delegation of graduates from an intermediate industrial school visited my office and tried to enlist my support in order to gain admittance to the Faculty of Commerce! Everybody wants to go to the University and few are willing to accept what according to popular belief is the social degradation of being artisans and crafstmen. If this tendency goes on unchecked we shall soon become a nation of intellectuals who are forced to accept the Bhuddist philosophy of cutting down wants instead of creating means of satisfying them. Nothing short of a complete overhauling of our system of education can remedy this state of affairs. A change in social scales is also needed to give skilled manual workers the same sort of economic security and social esteem which they enjoy in other countries. It is pertinent to mention that the average skilld worker in England earns far more money than the average office worker and is by no means considered as socially inferior. Our industrial development can never be built on a sound basis before a radical change in social outlook takes place in this direction. Industry should take more interest in technical education not only as regards adaptation of methods and curricula to suit the needs of modern technique of production but also as regards financing. Here again I find it relevant to mention that forty English firms have lately contributed to the financing of chairs in the new department of engineering at Cambridge. This was a manifestation of the debt owed by indus-

resources than to plan the most intimate aspect of human relationship. In the second place as the standard of living rises as a result of a more equitable distribution of wealth and a fuller utilisation of our resources the birth rate will automatically fall. This is not just a matter of speculation on conflicting hypothesis but a scientific fact which has been proved by many inquiries in differential fertility rates. In the third place non-agricultural resources must have been expanding during the last fifty years, otherwise we would have been doomed at present to a standard of living only 1/5 as high as it was fifty years ago. In the fourth place, labour is a factor of production and provided that its quality can be improved it should be able to find its own livelihood. Last but by no means least a country which is constantly threatened by an ever expanding hostile neighbour should be able to find better means of solving its economic problem than effecting a drastic cut in its population.

Having made it clear that I reject the approach based on relating population to arable land within the rigid boundaries of an agricultural economy I now proceed to list out the factors which cause the low productivity and the consequent low standard of living in Egypt in the hope of being able to explore possible courses of action. We may group such factors under the following headings :

1. The physical inadequecy of one or more factors of production either quantitatively or qualitatively.

2. The low degree of effective cooperation between factors due to their existence in unbalanced proportions or to distributional difficulties.

3. The inefficiency of their utilisation due to ignorance, apathy, bad organisation or a low technique of production.

4. Insufficient use of opportunities of international cooperation in the fields of foreign trade and capital investment.

With regard to the first factor of production, that is labour, our biggest problem is one of quality. Though overpopulated we haven't got enough skilled workers with sound enough training in mechanical methods to be relied upon in handling modern industrial machinery. Technical education in the prima-

the full blame for such state of affairs was put on the excessively high birth rate which was ascribed to a multiplicity of factors ranging all the way from religious beliefs to the existence of a direct inverse correlation between bright electric light and fertility; a bewildering theory alleged to have been developed by Italian savants and quoted from «Time Magazine» by Professor Cleland as applicable to village life in Egypt. Concentrating all the time on the land-labour ratio, Professor Cleland goes on to say that his aim was to see the population cut down by birth control and mass emigration to a level which allows the average peasant family to work 4 acres of land. The poverty of this land-labour approach to the problem of population and living standards is borne by the fact that none of the countries which enjoyed a steadily rising standard of living during the last century and a half either maintained or even tried to maintain a fixed relationship between population and agricultural resources. Although population rates of increase in many European countries far exceeded rates of garicultural expansion they have lately been gravely concerned about declining rates of increase which may in the distant future lead to a decline in population. The warning issued by Malthus one hundred and fifty years ago about the pressure of population on food resources was completely drowned by the din of the great machines of the Industrial Revolution which freed mankind from what Ricardo called the niggardliness of nature. Why should we reiterate such a warning when we are slowly breaking the fetters of a purely agricultural economy ? Why shouldnot we build up, with patience and diligence, an industry worthy of the human and material resources of this country and its unique position between East and West ? I know I shall be taxed with drawing analogies from incomparable sets of circumstances but I shall try to point out that the numerous unfavourable factors are largely counterbalanced by favourable ones.

It is simple enough to say on paper «cut your population to suit your existing resources» but I find it equally simple to say «expand your resources to suit your population». I somehow find the latter proposition more practicable let alone more beneficial. In the first place it is infinitely easier to plan material

just a problem of too many people living on too small an area of land as some demographists have put it. The people of Egypt can enjoy a high standard of living if the factors of production at their disposal are quantitatively and qualitatively capable of producing enough goods and services to satisfy their basic needs and give them a reasonable standard of health and comfort. But before we go into the details of that let us first review some of the earlier attempts to tackle the problem. Most people who studied Egypt's great problem of a low standard of living proceeded along Malthusian lines and suggested what we may call Neo-Malthusian remedies. Some have even suggested purely procrustean remedies and would have a sizeable part of the population (30% in some estimates) lopped off by mass emigration to the Sudan, Iraq or even Abyssinia. While I appreciate the facts which led them to such drastic conclusions I do not profess to be in full agreement with them. It has been said of scientific investigations in the field of social science that the limitations imposed by the availability of data are often forgotten when generalisations are made. This is particularly true of many inquiries conducted on the population problem of Egypt. Investigators are usually so struck by the inordinate disproportionality between land and population that they are apt to overlook other factors which may not be so apparent or on which data may not be so readily available. While not disputing the fact that over the last fifty years the rate of increase of our population has been nearly five times as high as the rate of expansion of arable land, I am not prepared to accept it as incontrovertible evidence of gross overpopulation. Please do not misunderstand me. I am not denying the existence of some overpopulation but merely trying to point out the inadequacy of the approach based exclusively on the land-labour ratio. Not only is this method used to prove that Egypt is overpopulated but is also used to estimate the degree of such overpopulation. Professor Wendell Cleland an eminent demographist who has done admirable research work in this field relied mainly on this method in order to be able to tell us that the population of Egypt had passed the optimum level by some 25% to 30%. Writing in 1944 when the population figure stood at 16 1/2 million, he emphatically stated that Egypt had at least 4 1/2 million too many inhabitants who should be got rid of somehow. Needless to say,

TEXT OF LECTURE

Delivered at the British Institute, Alexandria on Dec., 4th., 1952

BY

DR. M. M. HAMDI

Head of Dept. of Economics, Faculty of Commerce

POPULATION AND STANDARD OF LIVING IN EGYPT

Mr. Chairman, Ladies and Gentlemen,

I must begin by admitting that I am overawed by the very extent of my ambition in choosing such a title for my lecture. For the subject I propose to deal with to-night not only makes a wide sweep across economic studies necessary, but also makes a considerable encroachment on other fields inevitable. It is really a subject which lies in territory which is severally claimed by politicians, demographists, sociologists and even bureaucrats. When dealing with matters of this nature professional economists are not usually in a happy position. Having long realised how hopeless it is to try to wrench their territory from the scylla of the all powerful politician and the charybdis of the « know all » bureaucrat they have mostly retired to a world of abstractions where they are content with working happily and without interference from anybody on simplified models and highly unrealistic assumptions which may be put to good use some day when the world is safe for the ultra-rational homo-economicas who are motivated solely by the pursuit of self interest. They do, however, from time to time feel a strong urge to step back into the world of reality to seek their lost territory so jealously guarded by politicians and bureaucrats. This lecture is simply one of those hopeless incursions on lost territory.

To the professional economist the problem of the low standard of living in Egypt is essentially a question of factors of production and the efficiency of their utilisation. It is not

POPULATION and STANDARD OF LIVING IN EGYPT

EXTRACT

FROM

THE JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS

APRIL, 1953

BY

Dr. M. M. HAMDI

Head of Dept., of Economics, Faculty of Commerce

Imp. RAMSÈS - Tél. 21912 - Alexandrie

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIÉE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *ZAKI ABD-EL MOUTAAL*
Directeur de la Rédaction : *Prof. HUSSEIN FAHMI*

5ème ANNÉE No. 1 et 2
JANVIER - MARS *1951*

Imp. "RAMSÈS" Tél. 21912 - Alex.

SOMMAIRE

Articles

Notes de Jurisprudence

La revue paraît quatre fois par an, en Mars, Juin, Septembre et Décembre. Il sera fait une analyse bibliographique de tous les ouvrages juridiques et économiques dont deux exemplaires seront deposés à l'administration de la Revue.

Montant de l'abonnement par an ; P.T. 100 pour l'Egypte, et 25 Shellings pour tous les pays de l'Union Postale.

Administration de la Revue ; A la Faculté de Droit de l'Université d'Alexandrie (Chatby Alexandrie — Egypte).

“Majallat Al-Hoqouq”

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIÉE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Prof. HUSSEIN FAHMI*

5ème ANNÉE No. 1 et 2

JANVIER - MARS *1951*

Imp. « RAMSES » Tél. 21912 — Alex.